בעזה"ית

ספר

ערך ש"י

על אהע"ז

חלק ראשון

הכינו וגם יסדו

הרב הגאון הגדול הצדיק המפורסם כקש"ת מו"ה שלמה יהודה בהמנוח ר' פסח צבי זללה"ה דיין ומו"צ דק"ק סיגעט זצוקללה"ה.

בעל המחבר ספרי ערך ש"י על או"ח ויו"ד וחו"מ ושו"ת תשורת ש"י ויתר חבורים אשר עודם בכתובים.

נדפס בדפוס המשובח והמפואר של
ר' אברהם קויפמאן ובניו נ"י במאראמאראשסיגעט
בשנת תרס"ט לפ"ק.

מודעה

אם המצא תמצא בזה הספר שם עכו״ם גוים כותים. הכוונה על האומות אשר הי׳ לפנים משנים קדמוניות. את ה׳ לא ידעו עבדו לכו״מ הכחישו בב״ע. לא כן האומות אשר בצלם אנו חוסים מחויבים אנחנו להתפלל בשלומם. ובשלום המלכות והשרים. הטיבה ה׳ לטובים

הרוצה להשיג ספר זה. וגם החלקים מאו״ח ויו״ד וחו״מ ושו״ת תשורת ש״י יפנה אל בן המחבר הנגיד החסיד המופלג מו״ה **שלום טאבאק** נ״י על האדרעססע

Sulem Tabak, Faluszlatina bei Máramarossziget.

סימן א'

ס"א חייב כל אדם רמב"ם כתב ריש פט"ו מה"א אשה שהרשה את בעלה אחר הנשואין שימנע עונתה הר"ז מותר כשהיה לו בנים שכבר קיים מצות פ"ו אבל לא קיים חייב לבעול כל עונה והקשה ב"ש הא אפילו קיים פ"ו חייב לקיים לערב א"ת ידך אע"ג דאינו אלא מדרבנן מכ"ל לרמב"ם דמהני מחילה דידה ומכח קושיא זאת חידשו בכנ"י ודרישת אחרי דינים מחודשים ולע"ד לק"מ לפימ"ש מלחמות בפרק הבע"י דמצוה דרבנן הוא כמנהג דרך ארץ מדקא נסיב ליה תלמודא בבקר זרע את זרעך ולא הזכירו בזה איסור אלא ישא אשה מצוה דלכתחלה הוא אין כופין ולא קורין עבריינא למי שאינו רוצה לעסוק בה עכ"ל וכן נראה מפרש"י פרק משילין ריש דף ל"ז דמצוה לערב את"י הוי רק קצת מצוה דלכן קראו המסכה רשות וכיון שאין בזה איסור וחוב שפיר כתב הרמב"ם דמותר ואינו חייב רק כשלא קיים פ"ו ועיין תוספת שילהי יומא פ"ז ע"ב בהא דתפ"ע רשות דמשום אוכם קטן וערחא כגון עלה למטה לא מטרחינן לו לירד וה"נ כיון שנטל ממנה רשות שתמא יש לו שבה למנוע ומה שהוא מצוה כתבה רמב"ם שם הט"ז וכאן כתב רק דאין בזה איסור וחיוב.

ס"ב ולישא אשה בחידושי לא"ח סימן קכ"ג הבאתי ראיות דאשה אינה מצווה על שבת.

ס"ג בן י"ח עב"ש ובע"ח מבואר דהיינו בן ח"י שלמים ומלתא בטעמא.

ובשום ענין לא יעבור מעשרים שנה בלקוטי תנ"ך להאריז"ל בפ' בראשית על פסוק ויקח ה' אלהים תמצא הטעם.

ס"ו בהג"ה הבן ממזר וכו' קיים המצוה כן יליף הרשב"א מירושלמי פרק שני ה"ו אהא דתני ב"ש בן מ"מ ר' אבין בעי ובנו לכ"ד אפילו לפ"ו ובש"ק שם תמה הא ר' אבין בעי והוי ספיקא דאורייתא עיי"ש ואני תמה הא קי"ל מהב"ע לאו מצוה ואפילו בן הבא מן בעילת נדה הכ"ל דהוי מצוה הבא בעבירה ולא יצא ואח"כ מצאתי האריך בקושיא זאת ריט"א על בכורות פ"א והביא שם מהרדב"ז להלכה דלא קיים מצות פ"ו משום דהוי מהב"ע ולי נראה דבפ"ו לא אכפת בזה דהא בפי"ג דשבת ה"ג בירושלמי פליגי אי עברה מצוה ומסיק ר' עולא אלה המצות אם עשיתן כמצוותן הן מצות ואם לאו אינן מצות עיי"ש הרי דמהב"ע דאינה מצוה יליף מאלה המצות הנכתב בסוף פרשת בחקותי והם כתוב אלה המצות אשר צוה ה' את משה אל בני ישראל בהר סיני א"כ דוקא מה שנצטוו ע"י משה בהר סיני דוקא אם נעשו כמצוותן בלא עברה אבל פ"ו ב"נ נצטוו ולא נשנית בסיני כדמסיק בפרק ד' מיתות דף נ"ט ע"ב ורק ישראל נאסרו באותו מצוה דלא נתקדשו בסיני להקל עליהן עיי"ש בפרש"י ע"א וכיון דלא אמר אלה המצות לבני נח אם הולידו ממזר קיימו פ"ו השתא כמי אחר מתן תורה כיון דלא נשנה בסיני נשאר המצוה לישראל רק באופן שהיה מעיקרא ור' אבין בעי אי קיים פ"ו מסופק אם ילפינן מהב"ע מאלה המצות אבל לפי דמסיק בירושלמי בשבת שם נפשט הבעיא ועדיין ל"ע דבבבלי ר"פ לולב הגזול יליף מהב"ע מוהבאתם את הגזול ואת הפסח וי"ל כיון דב"ן רק לבני ישראל נאמר אבל לב"נ לא נאמר וכשנצטוו בפ"ו היו יוצאים גם כשבא בעברה השתא כמי נשאר המצוה לישראל רק כמעיקרא.

ועוד הא ר"י סידר הירושלמי ויליף מהב"ע מאלה המצות אלא דבלולב הגזול יליף מדברי קבלה גזול דומיא דפסח אפילו אחר יאוש פסול כדאיתא התם וזה לא נדע מאלה המצות וא"כ דעיקר דין מהב"ע ילפינן רק מאלה המצות וגזול דומיא דפסח בא ללמד רק דגם לאחר יאוש פסול.

ועוד הפנ"י שם כתב דר"י בעצמו יליף דין מהב"ע מקרא אחר רק משום דשב"י קאמר דיליף מהא דגזול דומיא דפסח עיי"ש ובאמת הזכן דבירושלמי הכ"ל יליף מאלה המצות.

עוד כ"ל דבבכורות דף מ"ז איתא היה לו בנים בגיותו ונתגייר ר"י אמר קיים פ"ו דלשבת יצרה והעביד שבת וכן קי"ל והרי נכרים לא נפקדו אפ"ו כדאיתא בסנהדרין דף נ"ט וקשה מ"ש ממ"ש הרמב"ם פ"ו מהלכות חו"מ ה"ג אכל כזית מצה כשהוא נכפה בעת שטותו ואח"כ נתרפא חייב לאכול אחר שנתרפא לפי שאותה אכילה היה בשעה שהוא פטור מהמצות וכ"פ בש"ע א"ח סימן תע"ה ס"ה ואיתא כן בר"ה דף כ"ח א"כ ה"נ כיון דהוליד כשהיה נכרי ופטור ממצות פ"ו למה לא יתחייב כשנתגייר ונתחייב במצות ועכל"ל דפ"ו שאני דהכתוב לשבת יצרה גילה דהקפידא משום שבת וכשנתקיים שבת אף דלא יצא ידי המצוה תו אינו מחויב ותליי"ת מצאתי שכ"כ בטורי אבן על ר"ה דף כ"ח.

ולפ"ז י"ל נמי כהי דמצוה הבא בעברה אינה מצוה היינו רק דלא יצא ידי המצוה אבל גוף המעשה לא נתבטל דלזה ליכא ילפותא מאלה המצות אם עשיתן כמצותן הן מצות ואם לאו אינן מצות אבל דיהא כאלו לא נעשה המעשה מכלן וכן מהא דמייתי בר"פ לולב הגזול גזול דומיא דפסח ליכא למילף רק דפסול ואינו מצוה וא"כ בפ"ו דהוליד כשהוא נכרי ונתגייר אף דאינו מצוה מ"מ תו אינו חייב ה"נ במצוה הבא בעבירה.

ס"ז ונתגייר הוא והם ה"ז קיים מצוה זו ביבמות דף ס"ב איתא היו לו בנים ומתו ר"ה אמר קיים פ"ו ור"י אמר לא קיים ר"ה אמר קיים משום דר"א דאר"א אין ב"ד בא עד שיכלו כל נשמות שבגוף ר"י אמר לא קיים פ"ו לשבת יצרה בעינן והא ליכא מיתבי ב"ב הרי הן כבנים כי תנא ההוא להשלים וההוא דיכא דלהשלים אינו לפי המסקנא כמ"ש הב"ש בסק"י והקשו דרישת אר"י ויעשי"ק לרמב"ם דדוקא כשנתגיירו לישני יותר דלא נתגיירו רק ב"ב עיי"ש ולפימ"ש לעיל דכמו באכל מצה כשהוא נכפה לא יצא משום דאז היה פטור ה"נ כיון דהבנים היה לו כשהיה נכרי ופטור איך יצא ידי המצוה כשנתגייר ול"ל כיון דהטעם דפ"ו משום שבת והרי עביד שבת כהי דהמצוה לא קיים מ"מ כיון דכבר עביד שבת תו אינו מחויב אך זה דוקא למ"ד דרשינן טעמא דקרא וכ"פ הרמב"ם עתוי"ע מ"ז פ"ג דפרה וב"י לקמן סימן ט"ז אבל אי לא דרשינן הל"ל דלא יצא והנה ר"ה דס"ל מתו הבנים קיים פ"ו משום דר"א קשה אם לא דרשינן טעמא דקרא איך יצא אלא די"ל דא"ל דרשינן ודאי יצא המצוה דהא כבר הוליד בנים אלא להחמיר לכ"ע דרשינן וכמו שכתבתי בחי' לסנהדרין דף ט"ז וא"כ אי לאו דר"א ה"א טעמא דקרא משום שבת ולכן ל"ל דטעמא משום דר"א ולכן לא משני הא דב"ב הן כבנים בגר שנתגייר וב"ב עמו דזה דוקא למאן דדריש טעמא דקרא גם לקולא ויותר משני דאתיא כב"ע.

ועדיין ל״ע לשון הרמב״ם והש״ע כאן ס״ז קיים מלוה זו והא נעשה בגיותו שהיה פטור ולא קיים המלוה רק כיון דעביד שבת תו אינו מחויב ובש״ס איתא רק קיים פ״ו ולכן נראה דבשלמא אכל מלה כשהוא נכפה דכשנתפקח כבר ליתא המלה לכן לא יצא משא״כ הכא דנתגייר הוא והם דקטן שנולדו דמי ועל ידו נתגיירו הוי כהולידן עכשיו וקיים המצוה ובזה מיושב מכיין יצא לו לרמב״ם דדוקא כשנתגיירו גם הבנים וגם הקשו דהל״ל ונתגיירו לשון רבים ולפמ״ש א״ש דא״ל נתגיירו ל״ל דהוי כהולידן עכשיו אלא כשנתגיירו ודוקא על ידו מחמת דהוא נתגייר משכן אחריו לכן תלה בדידיה ונקט לשון יחיד וכמו והכפש אשר עשו בחרן וכאן דנולדו ממנו ממש ומתייחסים אחריו גם בגיותו רק לא קיים אז המלוה כיון דפטור היה מפ״ו ועכשיו גיירם והולידן כגמרו המלוה בשעת חיוב וכהולידו עכשיו דמי.

והנה רב הונא ס״ל בר״ה דכ״ע אליו עבד וחב״א מוליא את עצמו וכתב הט״א שם דף כ״ח דאכן דקי״ל שם דלא כר״ה אינו מוליא לעצמו ה״כ כשעשה המלוה בשעה שהיה פטור אינו מוליא את עצמו כשבא לכלל חיוב עיי״ש וא״כ לר״ה יצא במה שעשה המלוה בשעה שהיה פטור אף שבא אח״כ לכלל חיוב כמו דלד עבדות פוטר לד חירות שבו וכשהוליד בנים בגיותו אף שלא נתגיירו בניו עמו יצא כשנתגייר הוא ולכן לא משני אליבא דרב הונא הא דב״ב אן כבנים לענין גר שנתגייר וב״ב עמו דא״ל כלל שיתגיירו לר״ה וא״ל למ״ל כשגייר בניו אף כשגייר אחרים כימא דקיים פ״ו כיון דהוי כהולידן זה אינו כיון דלא יצאו מחלציו אין מתייחסים אחריו וכמו הוליד כשהיה עבד דלא יצא משום דאין לינבד חייס ואפשר לומר כשנתגייר הגוי ובניו אף דנתגיירו מעצמם מ״מ יצא דהוי כנולדו עכשיו מכח אביהם שהולידן כבר דהא אם נולדו ומתו לא קיים מלות פ״ו ואם נולדו ולקחן אחר וגידלם יצא הא״ב אף דלולא האחר שגידלם היו מתים וע״כ משום דהא״ב סבה ראשונה ה״כ כשנתגיירו מעלמם אלא דלשון הש״ם שאמר ונתגייר לשון יחיד נראה יותר שמחמתו נתגיירו גם בניו.

עוד כ״ל דטעמייהו דרמב״ם וש״ע דדוקא נתגייר הוא והם דהא טעמא דר׳ יוחנן משום דגוים מתייחסים אחר אביהם כדאיתא ביבמות ראיה בלאדאן בן בלאדאן ור״ל דאי נתגיירו לית להו חייס ולכאורה מאי ראיה מייתי ר״י בשלמא הא״ב ובנו גוים זרעו נקרא ומתייחס אחריו משא״כ נתגייר הא״ב לבד דהא איתא בפ״ג דנדרים וביו״ד סימן ר״ז סעיף מ״ס נודר מזרע אברהם אסור בגרים ומותר בבני ישראל ועשו וא״כ אף דטרם דנתגייר היה לו זרע מ״מ כשנתגייר דתו לא נקרא זרעו הוי כמתו בחייו דלא קיים פ״ו לכן ק״ל לרמב״ם וש״ע דמיירו דגם בניו נתגיירו א״כ מתייחסים אחריו גם עכשיו וא״כ לר״ה דס״ל מתו בניו קיים פ״ו אפילו נתגייר הוא לבד כיון דמעיקרא היו זרעו מתייחסים אחריו קיים פ״ו לכן לא מלי לפרש ב״ב כבנים לענין גר אליבא דר״ה ולדידן י״ל דאם נתגייר הוא ובני בניו וז״כ יצא מלות פ״ו ולפימ״ש יוסר לבב בית א׳ חדר רביעי פ״ג הא דתנן גר שנתגייר ולא גוי שנתגייר דאפשר בהיותו גוי נכנס בו נפש הגר שכבר נחלבה מאברהם אבינו וה׳ המעוררת גיותו להתגייר לכן המתגייר ראוי לקראו למפרע בשם גר עיי״ם ויש סעד לזה מפ״ד דיבמות מ״ח ב׳ מפני מה גרים מעונים על שההו

עלמן מלהתגייר ובשפ״ב דכתובות דבהיותו גוי דעתיה להתגייר מכבר וכן הוא ביבמות ל״ה לפ״ז י״ל דמיחשב בר חיובא גם טרם שנתגייר מחמת נפש הגר שבו מחויב להתגייר ולקיים התורה.

ס״ח אסור לו לעמוד בלא אשה בהבע״י יליף מדכתיב לא טוב היות האדם לבדו אעשה לו עזר כנגדו והקשו איסורא מנ״ל דלמא לא טוב ולא רע וכ״ל דהתם דרשינן זכה עזר ל״ז מנגדתו ובגליון שם הביא מפרש״י עירובין דף כ״ד דזכה היינו על פי מזלו וכיון דהדבר מסופק שוא״ת עדיף וטורח זה למה אע״כ לא טוב ר״ל אלא רע לכן מרויח כשילא מודאי רע לספק טוב.

ס״ט והוא בחנ״ח סקי״ג ומקרא מלא הוא והחזיקו ובגדי שם דחה דא״כ לר״מ דע״מ שא״ל עלי שכו״ע תנאו בטל מה יענה לקרא זה ולפימ״ש תוס׳ בפרק אעפ״י כ״ו דבע״מ שתפטרו פטור גם לר״מ לק״מ ועוד נראה בהוא שעתא דנהגו כן מרוב אלמנות אהכי מדין סטומתא וכמ״ש תוספת בפא״כ דף ס״ו לענין אסמכתא וכש בב״מ דף ע״ד אפילו בחד אתרא נהגו קניא מדין סטומתא אבל אם היה אסור לא יועיל מנהג ולדידן דקי״ל כר״י גם בלא מנהג תנאו קיים עוי״ל לפימ״ש בחי׳ רמב״ן פ״כ דף קכ״ו בשם ר״ת דמתנה עמש״ב דתנאו בטל משום דמפליג בדברים והובא בפ״י פרק אעפ״י דכ״ו א״כ הכא דאסור בלא״ה לתנאי גמור מיכוין.

ס״י ביבמה לא החרים וכן בארוסה אם אינו רולה לכנוס אלא לפטור בשו״ת חכ״ל סימן קכ״ד תמה על רמ״א דלקמן סי׳ קכ״ע ס״ה כתב די״א דאם נפלה לאחד ש״י אסור לישא אחרת עד שיחלוץ ליבמתו מחמת חדר״ג והרי זיקה קיל מארוסה דהוא קידושי תורה ופסק בארוסה ליכא חדר״ג וח״ם א״ע סי׳ א׳ כתב דקשה על רמ״א כאן דבסוף הסעיף כתב אם היא ארוסה ואינה רולה להכנס לו או לפטור ממנו לא גזר ר״ג והא יותר מזה פסק ברישא דאפילו היא רולה להכנס ליכא חדר״ג בארוסה ומכח זה העלה דרישא לא איירי רק לענין לגרש בע״כ עיי״ם וזה רחוק ודחוק דכאן לא איירי כלל מגט בע״כ.

ולע״ד כל טעמו של מהרי״ק בתשובה ק״א דבארוסה לא גזר דמי יכריחנו לכנוס ולכתוב לה כתובה ולהתחייב בשכו״ע ודעת מהרמ״פ בסימן י״ל דתקנת ר״ג שלא לישא שתי נשים כלשונו ממש שתיהן נשואות לו ולא בארוסה דהבו דלא להוסיף על התקנה כי אם כלשונו הברור דאין לישא שתי נשים עיי״ם והנה ביבמה ג״כ שייכי הנהו טעמי דאם גזר ר״ג גם ביבמה כופין אותו לחלוץ כמבואר בד״מ ולפי דברי מהרי״ק דלא גזר ר״ג היכא דיבא מזה לכופו לכתוב כתובה ולכנוס ה״כ לא גזר בזה דיבא מזה לכופו לחלוץ והוא רולה לייבם וכן לפ״ד מהרמ״פ דהבו דלא להוסיף על הלשון ה״כ לשון דאין לישא שתי נשים לא שייך ביבמה דהקנו לו משמים וכמבואר בפוסקים.

ולכן כשכתב רמ״א אמנם י״א וס״ל דחדר״ג נוהג אפילו במקום מלוה ואפילו במקום יבום כ״ש דחולקים אהא דבארוסה לא גזור ולפיכך סיים לבסוף דאם היא ארוסה ואינה רולה להכנס לו ולפטור ממנו יש להתיר גם לה״א ובסימן קכ״ע שפיר הביא י״א בזיקה שייך חדר״ג דה״כ בארוסה לה״ח דכאן דהאי אמנם י״א קאי גם על ארוסה די״א ס״ל דחדר״ג נוהג אפילו במקום מלוה ואפילו במקום יבום וכ״ש בארוסה דאינו מקום מלוה.

מה"ד לגרשה עבה"ע ס"ק כ"ג מ"ש בשם המבי"ט והככה"ג ולע"ד דעת המבי"ט דדוקא לענין לישא עוד אשה יש לחוש שמא תתחרט ותשב ע"ד ותעלה לא"י וא"כ יהא לו אז שתי נשים וכה"ג כתב כו"ב חא"ע ס"א לענין מורדת אבל לגרשה בע"כ כיון דעכשיו מה"ד לגרשה שרי וכיון דגם לישא אשה עליה האיסור רק מחשש שמא תתחרט לכן סמך גם לקולא אחזקה שע"ש לומר דתתגרשה ועוד דרמב"ן מתיר לישא עוד אשה כהי דהפוסקים חולקים מ"מ בכה"ג די"ל דתתגרשה סמך אחזקה דשע"ש גם לקולא.

גם תירץ הככה"ג אף דבעלמא חשבו לדוחק כבר מצינו כיוצא לענין אחר בולמוס בר"ן פרק יוה"כ.

סימן ב'

ס"ב וכן מי שיש בו ע"פ וכו' כתב ב"ש דוקא כל השלשה סימנים ובגליון הגר"א כתב דדעת הרמב"ם אפילו באחת מהן נפסל ויצא לו זה מדאמרינן בביצה דף ל"ב ע"ב באחת מהן הכי מע"ר ודלא כב"ש עכ"ל ולא נראה כן ברמב"ם פי"ט הי"ז שכתב דגבעונים היו להם כל השלשה מדות רעות משמע מש"ה רחקום דוד המלך ע"ה ומביצה אין ראיה דהתם קאמר אם אינו מרחם על הבריות בידוע שאינו מזרעו של אברהם והוא מע"ר שהיו גרים אבל לרחקם מלהתחתן בהם דוקא כשיש להם כל השלש מדות רעות אזי סימן שהם גבעונים והטור העתיק לשון הרמב"ם מי שיש בו עזות פנים ואכזריות לא כמ"ש ברמב"ם או אכזריות וכן מוכרח דאל"כ תקשי דמתחלה כתב הרמב"ם איש שהוא מרבה מריבה עם הכל וע"פ ביותר סימן פסלות הוא וכאן כתב מי שיש בו ע"פ ולא כתב ביותר ולא מרבה מריבה עם הכל אע"כ דכאן שהוא ע"פ ואכזרי ואינו גומל חסד שלשתן יחד ולעיל דע"פ לבד לכן דוקא ביותר ומרבה מריבה וכן במחבר כל סעיף זה לשון הרמב"ם ולא כתב או אכזריות וע"כ דגרס כן ברמב"ם ודברי הה"מ שהביא הך דביצה על לשון הרמב"ם ל"ע חדא דמביא ראיה לסתור כיון דמוכח ברמב"ם דדוקא כל שלשה סימנים ובביצה אמר רק חדא ועוד למה לא סגי לו בהא דמייתי מיבמות דהן הן דברי הרמב"ם ונראה משום דלכאורה ביבמות קאמר רק משום דראה דוד המלך ע"ה בהגבעונים דאין להם מהשלשה סימנים ביישנים ורחמנים וג"ח גזר עליהם שלא להדבק בישראל כיון דבלא"ה ודאי גבעונים היו אבל המעורב בישראל ויש לו חזקת ישראל מנ"ל דע"י סימנים הללו נחוש לו שהוא גבעוני ולא נאמר דמן רובא ישראל הוא לזה מייתי הה"מ גם הך דביצה דכשיש לו אכזריות מערב רב הוא כדאיתא התם רק התם אמר רק דמע"ר ולא גבעוני אבל כיון דכבר יצא מחזקת ורוב ישראל לכן כשהוא ג"כ ע"פ ואינו גומל חסד חוששין לו דגבעוני הוא דהגבעונים היה בהם שלשה אלה וכן מוכח מדאמר ביבמות שם שלשה סימנים יש לאומה זו ביישנים רחמנים ג"ח מבואר דכל חדא סימן הוא לאומה זו דאל"כ הל"ל שלשה סימנים למי שאינו מאומה זו ע"פ ואכזריים ואינן ג"ח דהוי הפירש דכל אחד לבד סימן או דהל"ל כמו דאמר בירושלמי פע"י ג' מתנות טובות ובמ"ר דברים פ"ג ג' מדות טובות ואם דר"ל דאלו שלשה מדות טובות הם סימן להכיר שהוא ישראל הל"ל סימן לאומה זו ג' מדות ביישנים רחמנים ג"ח אע"כ דכל מדה בפ"ע הוא סימן אף דעד השלשה לא בא.

ס"ה ב"ש סקי"ד וכן הקשה וכו' עמ"ש בזה בחידושי ליו"ד בכללי ס"ס.

תו כתב הב"ש בישראל הבא לישא מן המשפחה אשר נתערב ספק ממזר שפיר הוי ס"ס דספק ממזר מדאורייתא כשר ובאיסור דרבנן קי"ל אפילו ס"ס כזה הוי ס"ס ועל דברי הטור לכאורה קשה למה כתב ישראל א"צ לחוש משום שכולם טהורים לעתיד ת"ל דהוי ס"ס ובדרישת אי' דחה דברי הב"ש דספק ממזר דומה לגבינות של עכו"ם דג"כ אסורין רק מדרבנן והואיל ואסורין מחשש איסור דאורייתא אסור בתערובות כמ"ש הש"ך בכללי ס"ס דין י"ז עיי"ש וכ"ל לפימ"ש מהרי"ט בחיו"ד ס"א דהא דספק ממזר מותר מה"ת מתורת ודאי דמותר בבת ישראל ובממזרת ואף דהוי תרתי דסתרי דהא אליהו לא יגלה משפחות אף שכולן גלויות לפניו ועיי"ש וא"כ ל"ד לגבינות דכהי דרוב גבינות כשרות חכז"ל חששו למיעוט הטרפות דאסור מה"ת דאם יודע אחד מהטרפה מחויב לגלות אף שנתערבה וכן אם יש שתי גבינות ואחת טרפה ואינה ניכרת אסור מה"ת בשתיהן משא"כ ספק ממזר כל שאינו ניכר לו מותר לו מה"ת בודאי וא"כ ליכא חשש איסור תורה וא"ש נמי דברי הטור דלא הת"ל דהוי ס"ס כיון דספק אחד אסור מחשש איסור דאורייתא אלא משום שכולם טהורים לע"ל אף דאז יהא גלוי לאליהו ומשיח הרי דמה"ת ודאי טהורים וליכא חשש איסור תורה לכן כהי דרבנן אסרו הוי שפיר ס"ס.

והב"ש דלא נחית לזה וכתב לכאורה קשה על הטור או משום דמשמע ליה דלאו משום ס"ס התיר הטור כלל דא"כ עיקר חסר או דלא נחית לסברת מהרי"ט מ"מ י"ל דל"ד לגבינות דעשאוהו כודאי איסור תורה כמבואר בא"ה וש"ך שם וזה יתכן בגבינות אבל בספק ממזר הא קי"ל ספיקו בספיקו אסור כדאיתא בפע"י דף ע"ד ולקמן סי' ד' סכ"ד ואם היה כודאי ממזר היה מותר וע"כ לא עשו אותו רק לספק ולא כודאי א"כ בהצטרפות עוד ספק הוי ס"ס.

עוי"ל דברי הטור דס"ל דס"ס ל"מ כמו דאמרינן בפ"ק דכתובות דט"ו דרוב ל"מ דמעלה עשו ביוחסין וס"ל ל"ש יחוסי כהונה ל"ש יחוסי ישראל אך אם נתערב ספק ממזר ברוב כשרים יש ס"ס ורוב והוי כתרי רובי אלא דאדם הוי קבוע ול"א רוב וכמ"ש ב"מ על דברי הב"ש ס"ק י"ג אך לפי מ"ש הפרישה בסימן ק"ב בדעת הטור דהא דאחז"ל דבר שבמנין ל"ב דוקא אם איסורו לעולם וכתב במשב"ז שם ס"ק ב' דה"ה כל דברים החשובים כגון בע"ח והסר"ל וכנראה מאו"ה כ"ז ד"ג א"כ כיון דלע"ל יהיו טהורים אין איסורו לעולם גם בע"ח ואדם בטל ברוב.

שו"ר בשו"ת רע"ק סימן ק' ובב"מ לקמן סימן ד' סכ"ו הביא מהריטב"א פע"י דף ע"ג דס"ס ל"מ גם בישראל משום מעלת יוחסין ולפי דברי א"ש מ"ש הטור משפחה שנתערב בה ספק פסול א"צ לרחקה שכולן טהוריו לע"ל עכ"ל דקשה ומ"כ אם רק לע"ל טהורים מה זו טענה לזה"ז דא"צ לרחקה כיון דהשתא אין טהורים ואם גם עכשיו כן למה נקט לע"ל והב"ח בקו"א כתב דמפשטא דש"ס משמע אפילו ודאי פסול שנטמע טהורים לע"ל מדאריב"ל כסף מטהר ממזרים ולפימ"ש א"ש דודאי פסול שנטמע גם כן טהור לע"ל אך בזמן הזה דוקא בספק פסול שנטמע דאיכא ס"ס ורוב דאף דאדם חשוב והוי קבוע מ"מ כיון דלע"ל טהור בטל ברוב.

הג"ה ויש מקילין עמ"ש בחידושי ליו"ד סי' קי"א דתוספת בקידושין דף ס"ו בד"ה מאי חזית ס"ל דחזקת אם מהני לבנה אף דליכא טענת ברי ולא באתה האם לדון עליה זולת בתרי ותרי דגרע משאר ספק ומפרש"י שם נראה דאי הואי האם לפני ב"ד והיו דנין עליה היה מועיל חזקתה גם לבנה עיי"ש וכיון דיש פלוגתא כאן אפשר להכריע דאם באתה האלמנה והתירו אותה גם בתה כשרה וכה"ג כתבו בשו"ת כ"ב שאלה ה' הגאון מהר"ס והגאון מו"ה העשיל זלה"ה דאם אוכלין עקלת מכח כל דפרים מ"מ איך נאסר חתיכה הנשארת.

ומ"ש הב"ש ומיהא י"ל וכו' דהא לפירש קמא דרש"י וכו' דברי רש"י לכאורה תמוה דמה ס"ס הוא וכ"ל כוונתו כמבואר בפ"ק דחולין סכין איתרעי בהמה לא איתרעי ועיין בכ"ש בדף יו"ד דכתב גם לענין הגבינות אע"ג דחזקתן תלוי בחזקת הבהמה מ"מ אמרינן דבהמה לבד איתרעי כמו דאמרינן סכין איתרעי אף דתלוי בחזקת הסכין ועיין מקו"ח סימן תס"ז ביאורים סק"ו וזה מדויק בלשון רש"י שהאריך וכתב אמו של ס"ח זה בה נולד הספק וזו שבאה מחמת בנה קרי לה ס"ס דהיינו דבה נולד הספק ואיתרעי חזקתה וזו שבאה מחמת בנה לא איתרעי כי ספקה בא מכח ספק ראשון ובה לא נעשה הספק ראשון לפ"ז כאן לענין בתה דאין לה חזקת כשרות גם מעולם לא הוחזקה לכשרה ל"ד לגבינה דהוחזקו בכשרות קודם שנולדה הרעותא בבהמה וחזקת אמה לא מהני לבתה.

ס"ז לא ישא אדם אשה ממשפחת מצורעין בשו"ת מהר"ם ב"ב סימן תתכ"ג ז"ל נשאל לרש"י ראובן גירש אשתו מביתו בלא כתובה וטוען מק"ט נשאה כי סמני צרעת נראין בחוטמה ופניה פורחת שאין קודם הנשואין והיתה מרגשת בעצמותיה גם משפחתה כולה מחולי זה ובשעת שכנסתיה לא הרגשתי במומין שבסתר והיא אומרת בריאה היתה גם טוען הבעל המצורעים רצים לקלטה והעידו הקהל שבריאה נשאה ושקר דיבר במה שהמצורעים רצים לקלטה אלא הוא המוציא קול נראה שאין לו עליה טענת מומין ומחויב ליתן כתובה או טוב לו לתת לבו לקרבה למען ירחם מן השמים ויזכהו לפרות ולרבות מתנה את"ד ותמה ברכ"י כיון דלא הכחישוהו דכל משפחתה מחולי זה ועתה פרחה בה צרעת סכנה הוא וקי"ל לא ישא אשה ממשפחת מצורעים והאיך אמר לקרבה ולבנות ממנה עיי"ש ולדעתי אין הכונה דמשפחתה כולה מצורעים דאם כן הל"ל גם משפחת כולה מצורעים מה הלשון אומרת מחולי זה אלא כונתו דהאשה היתה מרגשת בעצמותיה גם משפחתה כולה הרגישו מחולי זה שהיה באשתו לכן מקחו מק"ט והעידו הקהל דבריאה היתה ומה שאמר או טוב לו לתת לבו לקרבה היינו כשתתרפא או דעכשיו אינה מצורעת אלא דטוען כי סמני צרעת נראין בחוטמה היינו דיש אותה רושם או ללקת וכדומה בחוטמה וטוען כי הן סמנים שהיתה לפני הנשואין מצורעת ולהכי חיזק עוד טענתו שהמצורעים רצים לקלטה ואם לא היתה מעיקרא מצורעת מהיכי תיתי רצים לקלטה וכיון שהעידו הקהל דבריאה היתה ושקר דיבר במה שטען שהמצורעים רצו לקלטה ממילא בטלה טענתו על הסמנים ולכן טוב לו לתת לבו לקרבה ולא תהא מאיסה בעיניו.

ס"י ואם הודיעה מתחלה בטור כתב זה בשם הרמב"ם ותמה ב"י הא מבואר בגמרא והיינו דרב ור"נ מכרזי מאן בעי למהוי איתתא ליומי ול"נ חדא דרב ור"נ היה להם כבר אשה בביתם ומאן דבעי למהוי אשתו עכשיו אינו זיווג ראשון אבל הרמב"ם סתם דהודעה מותר בכל אף דהמגרש אשתו ראשונה מזבח מוריד עליו דמעות ועוד דשאני הכרזה מהודעה לעצמה כיון דאסור לישא ודעתו לגרשה יחשדו כי משתמא מלא בה ע"ד או דהוא עשה איסור שנשא ודעתו לגרשה דלא יתלו בהודעה דסתמא אין מתרצית בכך וכדאיתא בפ"ק דמגילה דף י"ב ע"ב באחשורוש כל מאן דהוה ליה ברתא איטמרה מיניה ופרש"י כי לא ישא אלא אחת ואת כולן יבעול ואם דהתם בבתולות איירי הא ה"נ סתם הרמב"ם דהודעה מהני בכל ונראה דמש"ה שינה המחבר ממ"ש רמב"ם וטור ואם הודיעה והמחבר כתב הודיע משום דאין ראיה מהגמרא כשהודיעה לבד רק כשהודיע לרבים להסיר עקשות פה ולזות שפתים אך לקמן ריש סימן קי"ט כתב הודיעה וי"ל דהדר ופסק כרמב"ם וטור וא"ש בזה דלא לחנם כתבו עוד שם והג"פ שם הניח בקושיא דהוא כפול ועוד שאני רב ור"נ דחשיבות גדול להנשואות להם אף ליומי וכדאיתא בפרק תפלת השחר לשתמש איניש חד יומא בכסא דמוקרא ולמחר לתבר וה"נ אין בזה משום אל תחרוש על ריעך רעה כיון דגם לישא ליומי טובה עושה להן.

סימן ג'

ס"א בהג"ה וליכא למיחש למידי מקשים הא איכא פדיון הבן והוא הנאת ממון וזה סתירה למ"ש הב"ש ביישוב דעת הרמ"א דשרי לישא כפיו עכ"ל ברכ"י ונראה לפימ"ש הרמ"א לקמן ס"ס ק"ל דהעדים מותר להם לקבל שכר הרבה מטעם דהעדים אסורים לישא הגרושה וכן נוהגין ושם נאסרו רק בגרושה זאת וכאן נאסר בכל גרושות ובזונה וחללה ואסור לטמא למתים דהיה אפשר ליטול שכר ויותר מלוי מפדיון הבן ואפילו יזדמן יוצא במתנה עמ"ל עיין יו"ד סימן ס"ה ובפ"ת שם סקי"ב מש"כ תרומה דמלוי בכל יום.

ועוד לפימ"ש תוספת בפסחים דף מ"ה והג"א שם ובחו"מ סימן ל"ז ס"י כל היכא דהשתא אינו מרויח אעפ"י שאם יתעשר יהנה בעדותו כשר להעיד ה"נ כיון דבשעה שבא ואומר אני כהן ליכא פה"ב כאן ואם אח"ז יזדמן כיון דאתחזיק לכהן הוי כמי כהן לענין ממון וכמ"ש הרמב"ם בפט"ז מה"ס דין וא"ו דאמר ע"א זה חלב ואח"כ אכלו אחד בהתראה לוקה כיון שהוחזק לאיסור משא"כ במקום דנוהג תרומה דמלוי בכל שעה מיד שאומר אני כהן כ"מ לענין ממון אינו כאן ובשו"ת הש"ב ר"א שאלה ח' בד"ה שניות תירץ דאף שהכהן הוא ספק ונפדו ע"י בכורים הם פדוים וא"צ לחזור ולפדות מספק ולא נראה דמבואר בחולין דף קל"ד בחזקת חיוב חייב מספק וכ"ש הכא דיש נמי רוב דרובא דעלמא לאו כהנים ורובא וחזקה מוציאין ממון כמ"ש הראשונים רפ"ב דכתובות ומ"ש דכ"כ רשד"ם וחו"י ומהרי"ט ופרח מט"א עיינתי שם ולא אחד בהם שיאמר כן לכן אם בא אחד שאין מכירין אותו ואיתרמי בכור לפדות ואמר שהוא כהן ופדה אצלו צריך לחזור ולפדות ואם שלא בשעת מעשה אמר והוחזק לקרות ראשון ולכ"כ אולי יש לסמוך על מה שכתבתי.

ואם נשא או נטמא לוקה במל"ת פ"כ מהא"ב הי"ג הקשה מ"מ הרמב"ם שם שפ"א דא"ל הוחזק אין

אין אדם לוקה ומת עפ"י עצמו ואם הוחזק ש"י למה כתב הה"מ דאם נבעלת לו פסולי כהונה זרעה ספק חלל הא כיון דהוחזק לכהן ליהוי ודאי חלל עיי"ש ובאמת ברמב"ם ספ"א מהא"ב ל"כ רק דאינה נהרגת על פיה ולא הזכיר מלקות וא"כ י"ל דס"ל לרמב"ם דהא דשאנחד"א לא חמיר מנדר ובסוף הרי"ף דכתובות הובא מריטב"א שבא"ז פ"ק דכתובות דף ט"ת שכתב דה"ל כאוסר עליו את המותר וכן הביא שם מהר"י באקאן דאין לו התרה דהוי ככ"ש דאין לו התרה וא"כ הרי בנדר ליכא רק מלקות משום לא יחל דברו וכדאיתא ברמב"ם פ"א מה"נ ובקצו"ח סימן ל"ד כתב דשאנחד"א משום הודאות בע"ד הוא דילפינן מכי הוא זה עיי"ש ול"ע הא ד"כ חמירי מדיני ממונות כדאיתא בפ"ק דסנהדרין דף ג' ע"ב ואיך נילף ד"כ מממון הקל וגם למלקות קשה דהא בכתובות דף ל"ב לידד הש"ס דממון קיל ממלקות ובאמת יותר מסתבר דמשום הודאה הוא מדלא מהני שאלה ונראה דתרווייהו אמת דמשום הודאה הוא דילפינן מכי הוא זה אלא דמהתם ליכא למילף להחמיר יותר אלא דיש בו נמי משום נדר דה"ל כאיסר עליו את המותר ככ"ל וזה רק למלקות ולא למיתה ושאלה כ"מ דדלמא ממוכא חמיר ממלקות אין נזקקין לו ולא מליכו מפורש דגם בדיעבד כשנשאל לוקה ומהרי"ט בח"ב סימן א' מחלק א"ע לא מלא ראיה מהש"ס דל"מ שאלה ולפימ"ש דיש בו גם משום הודאה אלא למלקות הוי ספק אין ראיותיו של מהרי"ט מכריתות כלל עיי"ש ועוד כהי דגלתה תורה כי הוא זה דהודאה מהני לא אפשר למילף מינה רק במה דיכול לחייב עצמו אהכי הודאתו וגם למלקות אף דאין בידו שיהא נלקה בבית דין על פי דיבורו שיאמר להם מ"מ בידו לחייב עצמו ע"י נדר ולא יחל עליו.

ולשון הרמב"ם פח"י מהא"ב ה"ע אשת כהן שאמרה לבעלה נאנסתי אעפ"י שמותרת לבעלה הרי היא אסורה לכל כהן שבעולם אחר מיתת בעלה שהרי הודה שהיא זונה ואסרה עצמה ונעשית כחתיכה האסורה עכ"ל הצריך ולא סגי לו בטעם דהודית נראה דבא לומר דיש בה משום הודאה ומשום שאסרה עצמה דמשום הודאה לחוד לא היתה לוקה אך משום טעם דאסרה עצמה הוי כנדר ולוקה ומשום נדר ה"א דמהני שאלה לכן ל"ל שהודית ומה שאמר ונעשית כחתיכה דאסורה היינו דהכהן עושה איסור אף דהוא לא הודה ולא אסר עצמו וזה ראיה למ"ש.

ובשו"ת בית אברהם חא"ע סימן ל"ד אות ה' תירץ דברי הרמב"ם דספ"א מהא"ב דאינה נהרגת משום דיש לה אמתלא לומר דאמרה שנתקדשה שלא יקפצו עליה אינס הגונים ובשעת התראה מספ"ל לעדים שמא תאמר אח"כ האמתלא עיי"ם ולא כ"ל דהא מבואר ברמב"ם פ"ב מהלכות שבועות הי"ב דבשבועה אינו חייב עד שיהא פיו ולבו שוין לפיכך אם נשבע אחד בפנינו שלא יאכל היום ואכל והתרו בו ואמר אני לא היה בלבי אלא שלא אלא היום ועתה לשוכי והוליא אכילה שלא היה בלבי הר"ז אינו לוקה עד שיודה בפני עדים קודם שיאכל שעל אכילה נשבע או שקבל עליו התראה ולא טען שטעה בעת התראה אעפ"י שטען אח"כ אין שומעין לו וכ"כ בשו"ת הרשב"א שבב"י יו"ד סימן רכ"ח דנאמן לומר עד"כ נדרתי או אנוס הייתי ואם התרו בו ולא חשש לומר בשעת התראה ואכל וכ"ם כשאמר אעפ"כ ודאי אינו נאמן לפטור עצמו מן המלקות והובא ברמ"א ביו"ד סימן רל"ב סי"ב ובש"ך שם ס"ק כ"ז וא"כ ה"כ אחר שהתרו בה ועברה ולא אמרה בשעת התראה האמתלא תו אינה נאמנת ול"ה התראת ספק ואיני רואה שום חילוק בין אמתלא לשאר טענות ועוד לפימ"ש בשו"ת חוט השני סימן טו"ב דכל האמתלא כאלו אמרה שלא עשתה מתחלה כן אלא מפני האונס עיי"ם והרי בטענת אונס מבואר בשו"ת הרשב"א כיון שלא טען כן בשעת התראה תו א"י לטעון כן אחר שעבר ועוד דבפרק האומר ס"ג ב' דרב אשי אמר סוקלין עפ"י אביה שאמר קדשתי את בתי ומודה באומרת נתקדשתי שאין סוקלים דלאו הימניה רחמנא לדידה לא הימנה ותקשי לדעת הטו"ז וב"ש דלקמן ס"ס ל"ז דלא יכול לחזור בו ע"י אמתלא איך סוקלים הא ה"ל התראת ספק שמא יש לו אמתלא וע"כ או דס"ל התראת ספק שמה התראה או דבשיטת הרא"ה באומר לפלוני קדשתיה דל"מ אמתלא כדלקמן סימן מ"ז או דעמד האב בשעת התראה ולא אמר האמתלא כיון דהימניה רחמנא מהימן נמי כשלא אמר האמתלא אז וא"כ הא דמודה ר"א באומרת נתקדשתי ג"כ כה"ג ומ"מ אין סוקלין על פיה.

ספק חללה עב"ח דגם הוא אם חזר ובא עליה אינו לוקה ותמוה מ"ם ומפעם ראשון וכ"ל טעמו משום דאינו נאמן רק לגבי עצמו ולא נעשית חללה על פיו לכן גם הוא אינו לוקה וחמ"ח וב"ש לא ס"ל סברא זאת ובשו"ת ברא"א חיו"ד סימן ג' אות י"א כתב דב"ח סותר א"ע למ"ש בסימן קכ"ב הובא בב"ש שם סקי"ב דבאומרת גרשני בעלי וניסת ומת בעלה הראשון ל"ג מסני עיי"ש ולק"מ דהתם לגבי עצמה לבד שאנחד"א הן מדין נדר הן מדין נאמנות על כל מה שיבא אח"כ ומחמת דיבורה ושאני הכא דאין מועיל דיבורו לעשותה חללה.

ועיין בהה"מ פ"כ מהא"ב הי"ג דזרעה ספק חלל ומשמע מסתימת לשונו אפילו בהוחזק שלשים יום ונראה טעמו משום דמעיקרא לא נתחזק לודאי דהא אינו נאמן ושאני בהוחזקה נדה דבעלה לוקה עליה דהתם הימנה רחמנא וכ"כ בחו"ד סי' קפ"ה סק"ה והמל"מ הניח בקושיא למה זרעה ס"ח כיון דהוחזק ולפימ"ש לק"מ.

מסל"ת הוליאוני מבה"ם ולקמן ס"ה זכורני כשהייתי תינוק שראיתי לפלוני טובל ואוכל תרומה לא הזכיר יולא מבית הספר כמו כאן ובחו"מ סימן ל"ה כתב יולא מבית הספר לטבול לאכול תרומתו לכן רלה ב"ם להגיה לקמן ולשון המחבר דלקמן הוא ממש לשון הטור עוד קשה דבמסכה פ"ב דכתובות דכ"ח נמי איתא יולא מבית הספר לטבול לאכול בתרומה.

ונ"ל עפימ"ם בכמ"י פחז"ה בד"ה בקשתא דל"א מגו אלא במלתא דבחד דמהימנינן ליה במגו תו ליכא ספיקא אבל במלתא דאף כי נימא מגו אכתי איכא לספוקי לא מפיו אנו חיין שנאמין כל כך לדבריו משום מגו עד שנלטרך לברר ספק אחד ונדעתינו לקיים דבריו ולמטען שהמוכר לקחה מן המערער עיי"ם הרי אף דדר בו המוכר חד יומא והוא החזיק ג"ם הוי חזקה מ"מ אם הא דדר בו המוכר ליכא סהדי רק הוא נאמן במגו לא נאמין לו כ"כ לברר עוד ע"י חזקת דירת המוכר ודירתו ג"ם לומר דהמוכר לו קנהו מבעל הבית ראשון ה"כ הא

הא דלא חיישינן שמא עבד הוא ואכל בתרומה של רבו משום דבחזקת כשרות הוא אף דאין משפחתו ידועה וכמ"ש בטור סימן ב' או משום דאין מלוי' כ"כ עבד כמ"ש בחו"מ ובהגהות טו"ז וכל זה איכו ודאי בבירור רק אנו מבררין מדעתינו וכאן דבעצמו מקל"ת לא מפיו אנו חיין כ"כ שנאמין לדבריו על עצמו דמקל"ת ג"כ רק מסברא כמו התם מגו על שנצטרך לברר עוד ספק ומדעתינו שאינו עבד לכן נ"ל שילא מבה"ס דזולת דבחזקת כשרות יש עוד ראיה דאינו עבד דילא מבה"ס והוי כמו מיעוטא דמיעוטא נחוש בהוא עבד ומש"כ לקמן בס"ה דאחר מעיד עליו ולא מפיו של עצמו ועד אחד עדיף ממקל"ת כדאיתא בסימן י"ז קל"ז ואף דמעיד מה שראה בקטנו מ"מ הא כאן כמי מקל"ת על קטנו לכן בס"ה אל"ל ילא מבית הספר אך דבמסכה דכתובות מעיד זכורני בפלוני יולא מבה"ס לטבול לאכול בתרומה בלא ראה העד בעצמו שזה טבל ואכל תרומה אלא שמע מאותו פלוני דיולא לטבול לאכול בתרומה א"כ עדיין הוי מפי הנידון ועוד דהוי רק עד מפי עד אפילו שמע מאחר דזה לא עדיף ממקל"ת לכן נ"ל יולא מבה"ס והמחבר לקמן ס"ה כתב ראיתי לפלוני טובל ואוכל בתרומה דבעצמו ראהו ובחו"מ כתב כלשון המשנה יולא מבה"ס לטבול לאכול תרומתו ועיין לקמן סימן ז"ין ס"ב בהג"ה דמקל"ת ועמפ"ע שוין ובחו"ד רים סימן ל"ח כתב דמקלפ"ת עדיף מעד ומפ"ע דהא בתרומה דרבנן אין עמפ"ע כאמן ומקלפ"ת כאמן עי"ש ובעכיי א"י מכליה והא לקמן סימן ז"ין מבואר דמקלפ"ת ועד מפי עד שוין ולתשובת הרש"ך שבב"ש שם ס"ק ה' עד מפי עד עדיף דגם להרא"ש דפוסל מקלפ"ת בשבויה מתיר בעד מפ"ע ומכלן לענין תרומה דרבנן נומר איפכא ובברכ"י לקמן סימן ז"יין הביא משו"ת הרשב"א סימן אלף רכ"ב דכללא כייל דכל דע"א כאמן ה"ה עד מפ"ע ולנע"ד כן מוכח מהמשנה הנ"ל מדתכן שהיה אים פלוני יולא מבית הספר לטבול לאכול בתרומה ואם לריך שראה אותו פלוני טבל ואכל בתרומה הכי הל"ל שהיה אים פלוני יולא מבית הספר וטבל ואכל תרומה א"ו רק שמע לאים פלוני כשילא מבה"ס שהולך לטבול וברמב"ם פ"ה מה"ע ה"ג כל מקום שע"א כאמן אשה ופסול כמו כן מעידים חוץ מע"א של שבועה ובבכורות דף ל"ו עדות שהאשה כשרה לה גם עמפ"ע כשר וכ"פ הרמב"ם בהלכות בכורות פ"ב הט"ו.

והטור לא הביא דילא מבה"ס והקשו הא בב"ק דף קי"ד ע"ב ובמסכה פ"ב דכתובות מבואר דאמר שילא מבה"ס והטו"ז כתב דיש הוכחה דאיכו עבד דבעבד קטן לא מהני לו טבילה דהוי בלא כונה וכדה שנאנסה וטבלה אסורה לאכול בתרומה וקטן כמי חשוב שלא מדעת לכן דוקא ב"ד או אביו מטבילין אותו כשמגיירין אותו ועבד דאין לו חייס אביו אלא כגר את"ד ולע"ד ל"ד לכדה שנאנסה דלא רלתה לטבול ולהטהר משא"כ קטן דקי"ל דיש להם מעשה אף בדבר שלריך מחשבה כדאיתא בפ"ק דחולין די"ג והא דגר קטן שאני דמתחייב בכל מיוני תורה וחיובו של קטן איכו כלום ואין כדרו כדר וי"ל דיש להם מעשה כשעושים מעלמם משא"כ כשהטבילו אביו או אחר וע"כ במשכה דמעלמו טבל י"ל דעבד קטן היה ולנ"ל דילא מבה"ס אך גם לקמן בהא דכאמן הגדול וכו' לא כתב הטור יולא מבה"ס.

ואפשר לתרץ דעת הטור דהא דל"ל שילא מבה"ס מחשש שמא עבד הוא אף דכל משפחות בחזקת כשרות אף דאין מבפחתו ידועה לדעת הטור לעיל סימן ב' י"ל כיון דתרומה לכהנים אף דלא בא עדיין לידם מ"מ חשיבי כמוחזקים יותר מזה דיש בו חשש עבד דהא בפי' החולץ גבי ספק ויבם בנכסי סבא אף דאין שום אחד מוחזק מ"מ אמרינן אין ספק מוליא מידי ודאי דהודאי חשוב מוחזק ה"כ לא אלים חזקת כשרות דישראל כבא"י לכו משפחתו להוליא ממון של כהנים מיוחסים בודאי לכן ל"ל דילא מבה"ס אבל בזמנינו דאין הכהנים מיוחסים ואינם רק כהני חזקה כמ"ש הרמב"ם רים פ"ב מהא"ב ומבואר בב"ק סימן שכ"ב ובמגן אברהם סימן ר"א וסימן תכ"ז ובשו"ת רשב"ם ושע"י ושבו"י כתבו דכהני זמנינו רק ספק כהנים עיין פ"ת סימן ס"ה ושכ"ב ביו"ד לכן אהני כמי חזקת כשרות לומר שאינו עבד ליטול תרומה אף דהוא דין ממון ועיין יש"ש פ"ה דב"ק סימן ל"ה ואף דהטור א"ח סימן תכ"ז ויו"ד סימן שכ"ב כתב דכהן שטבל לקריו אוכל חלה ולא חשש שמא אינו כהן הייכו כיון דהוי רק איסור דרבנן אבל לענין דין ממון ל"ה מוחזקים כהני זמנינו יותר מזה שבא ג"כ בכח חזקת כשרות.

אמנם לפמ"ש ג"פ בסימן ק"כ אף דהפקר ב"ד הפקר מ"מ לא עשו זכיה בדרבנן עד שבא ליד הזוכה עי"ש א"כ בתרומה דרבנן כ"ז שלא בא ליד כהן אין לו זכיה נשום כהן ול"ד לספק ויבם דמי שהוא יורש כבר זכה לכן לא כמשך המחבר בש"ע אחר הטור ועיין יש"ש פי' דיבמות סימן י"ט דנראה דסברת הג"פ תלוי בפלוגתת רי"ל ור"א ביבמות שם דף פ"ט ופוסק דיכולין לעשות זכיה אך ברמב"ם פכ"ד מה"ס ה"ו לא ס"ל הכי.

ולפ"ז י"ל מה שהקשו ר"ן והה"מ פ"כ מהא"ב למה ע"א א"כ לתרומה דאורייתא הא ע"א כאמן באיסורין די"ל דכהנים חשובי ודאי וזה ספק ואין ספק מוליא מידי ודאי דהוי כמוליא מידם עיי' ע"א דלא קם לממון משא"כ בתרומה דרבנן דלית לכהנים זכיה עדיין ליכא דין ממון אף לפ"ד הר"ן בתשובה ע"ה הובא בש"ע ריש סימן ל"ג דגם כשאין שום אחד מוחזק אין ע"א כאמן היינו התם, דכהי שאינו מוחזק מ"מ הממון שלו מן הדין משא"כ כאן בתרומה דרבנן דלית שום זכיה לכהנים קודם שבא לידם ואכן לריכין לעדותו רק לענין איסור אם מותר לאכול התרומה ואף הכהן אסיר ליתן לזה לאכול תרומה דאורייתא עפ"י ע"א דאמת"ל מתרומה ליוחסין אין מעלין אבל מתרומה לתרומה יעלה ויבא ליקח כשאר כהנים והר"ן לטעמיה בר"פ הזרוע דמת"כ אם הזיקן פטור אפילו מלל"ש דדוקא בעינס יש מלוה ליתן אבל דין ממון ליכא כיון דאל"ת אבל ביו"ד סימן ס"א סט"ו פסק דחייב לל"ש.

עוי"ל לפימ"ש הריטב"א ריש פרק אם אין מכירין דלא אמרינן ע"א כאמן באיסורין אלא במעיד על גוף האיסור ולא במעיד על האדם ורק בחשש דרבנן גם ע"א כאמן עיי"ש וה"כ לא על גוף התרומה מעיד רק על גוף האדם שהוא כהן וראוי ליטול ולאכול תרומה.

ס"ב היה ע"א ב"ש סק"ו ע"א א"כ להשיאו אשה כמ"ש טור סימן ב' בשם הרמ"ה אע"ג דקי"ל כ"ד שאינו בח"כ ובחזקת איסור ע"א כאמן גם קי"ל ספק ממזר מדאורייתא כשר לבוא בקהל ל"ל מפני מעלת

מעלת יוחסין אינו נאמן וכן מדויק מלשון הרמ"ה שם עכ"ד ולענ"ד אינו מדויק כן דא"כ למה נקט הרמ"ה שמא עבד הוא לכן נ"ל דליוחסין כיון שבא להעיד על גוף האיש אין ע"א נאמן בחשש דאורייתא כמ"ש בסמוך משם הריטב"א ואף דרובא לאו עבדים מ"מ כיון דחיישי רבנן למיעוטא הוי חשש דאורייתא וכמ"ש האו"ה לענין גבינות עכו"ם הבאתיו לעיל סימן ב' משא"כ חשש ממזר כיון דמיותרא דקהל יליף הש"ס בפע"י דף ע"ג דספק ממזר מותר דהוי ודאי מותר כמ"ש לעיל סימן ב' ליכא חשש איסור תורה כלל נאמן ע"א באיסור דרבנן כמו בתרומה דרבנן אבל לספק עבד ליכא ילפותא להתיר דקרא דממזר קהל לא איירי בעבד.

כתוב בספר פלוני כהן לוה עיין חמ"ח וב"ש שהקשו מחו"מ סימן מ"ט בשני יוב"ש דהוי סימן וכבר הקשו כן תוס' בפ"ב דכתובות כ"ד ב' ולענ"ד י"ל עפימ"ש הרמב"ם פ"כ מהא"ב ה"ט ז"ל אין מעלין משטרות לכהונה כיצד הרי שהיה כתוב בשטר פ' כהן לוה מפלוני והעדים מלמטה אין מחזיקין בהם כהן זה שהוא מיוחס שמא לא העידו אלא על המלוה בד"א לענין יחוס אבל לחזקה שיהא כהן ככהני זמן זה ויאכל תרומה וחלה של ד"ס מעלין מן השטרות עכ"ל הרי דאינו ודאי דלאו אכולה מלתא מסהדי רק ספק וא"כ לפי מה שכתב הפר"ח בכללי ס"ס ס"ק י"ג בהרבה ראיות דס"ס שאינו מתהפך הוי שפיר ס"ס ומשום דספק אחד הוי פלגא ופלגא וכי מספקינן ספק שני ה"ל כרוב דמן התורה אזלינן בתר רובא וכ"כ מהרי"ט ח"ב ביו"ד סימן ב' בכמה ראיות מש"ס וראשונים דס"ס שאינו מתהפך הוי רוב וא"כ כאן נמי י"ל שמא אכולא מלתא מסהדי ואת"ל לאו אכולא מסהדי בלאה"כ שמא כהן הוא ועוד דהא דשמא לאו אכולא מלתא מסהדי לאו ספק שקול הוא דהא מחזיקין אותו ע"ז ככהני זמנינו רק לענין יוחסין לא מעלין וכתב הה"מ דמשום מעלת יוחסין הוא והרי רובא דעלמא לאו כהנים הם ומכל מקום סומכין אעדות זה להחזיקו ככהני זמנינו הרי שקול כנגד רוב דרק ע"ל המיעוט חיישינן דאתרמי ולא דייקו העדים וא"כ התינח ליוחסין דרובא לאו כהנים אבל בשני יוב"ש דזולת העדים יש ספק השקול לפנינו מי לוה שפיר סמכינן דאכולה מלתא מסהדי דרוב עם שטר מהני גם להוציא דהכי דקי"ל דשטר לאו כגבוי מ"מ גם כן לוה ל"ח מוחזק ולא חשוב התובע כמוציא כמ"ש כו"פ ותומים ונתיבות בדיני תפיסה סימן כ"ד דרוב או ס"ס עם שטר מועיל ורק לבסוף כתב נתיבות שם ועוד דהוי ספק בפרעון עיי"ש ולפ"ז כאן דהספק אם יוב"ש זה נתחייב כלל בשטר זה חשוב הלוה מוחזק מ"מ בתחלה לאו משום ה"ט דהוי ספק בפרעון אתי הנתיבות רק משום דשטר ל"ח מוציא וברכ"י כאן הביא משו"ת שאגת ארי' וקול שבל כתב נמי משום דבשטר חשוב התובע מוחזק עיי"ש ולדבריהו א"ל דחשוב תובע מוחזק רק ל"ח מוציא וכיון דיש ס"ס או רוב המסייע לתובע סגי וגם זולת כח השטר כיון דכתב הה"מ דמשום מעלת יוחסין אימור לאו אכולה מלתא מסהדי לו שקל ישקל חזקת ממון למעלת יוחסין משום דקולא לנתבע וכמ"ש הש"ך בחו"מ סימן מ"ט מ"מ שאני ביוחסין דהחמירו כיון דרוב העולם לאו כהנים משא"כ בהא דשני יוב"ש דליכא רוב ובמרדכי דקידושין פ' האומר סימן תקל"א כתב דאכולה מלתא מסהדי דמלוה מידק דייק ול"ה מחתים וכונתו כהא דפ"ב דכתובות דף י"ח ע"ב וריש דף י"ט דחזקה אין העדים חותמין עיי"ש פרש"י ותוס' בקד"ה קטנים והך חזקה עדיף מחזקת ממון או מטעם שכתב מהרי"ק שורש ע"ב או משום השטר אלא דסברת המרדכי צל"ע דכיוא דקנוניא עשו מלוה ולוה ולא הלוה כלום ול"ש טעם דלא שדי זוזי בכדי ואפשר דל"ח לקנוניא וכמ"ש שבש"ך חו"מ סימן ק"ו סק"ו או דכאן עדיף דמרתתי מלוה ולוה והעדים דירגישו בערמתם.

ס"ג ואין נושאין שמא אמו עכו"ם כתב ב"ש קשה אם מעיד עליו שהוא כהן א"כ ע"כ לאו מעכו"ם הוא ול"ל הטעם דאין נושאין עכו"ם וכו' ולענ"ד בשלמא ע"א המעיד בזה"ז דנאמן כדלעיל ס"ב דאין כ"מ רק אם הוא ישראל או כהן מכהני זה"ז לתרומה דרבנן אבל כאן אם היה החשש דאנוסים נושאים נכרית הרי הבן נכרי כמוה כדאיתא בס"פ האומר דף ס"ו ע"ב ואף דהבן כימול וטבל אינו רק גר ופסול לדיין בדיני ממונות ולחליצה ולכל התמנות מדין תורה כמבואר ברמב"ם פ"א מהלכות מלכים ה"ד ואף דאם אביו מישראל כשר לדיין כדאיתא בכ"מ שם ובחו"מ סימן ז"ן היינו אם אביו נשא גיורת אבל אם נשא נכרית הבן גוי כאמו רק נתגייר וא"כ לדיני תורה אין ע"א נאמן להכשירו אפ"ת דהוי כמלתא דאיסורא וע"א נאמן באיסורין מ"מ שאני כאן דמעיד על גוף האדם כמ"ש לעיל וא"כ גם לקרות בתורה ראשון אין מעלין אותו עפ"י ע"א מחשש דיעלה לדיין ולשאר התמנות וכמו דחייש המחבר בריש הסימן דיעלהו לתרומה ורמ"א מתיר שם רק משום דליכא תרומה בזמנינו ולדעת הרמ"ך משום דליכא תרומה דאורייתא אבל כאן יש חשש שכתבתי לכן נ"ל משום דרוב אנוסים אין נושאים נכרית וא"כ מלאתי בברכ"י חו"מ סימן ז"ן סק"ב כתב נמי דאביו ישראל ואמו נכרית אף שהולד נתגייר פסול לדיין וכ"כ כנה"ג שם ופשוט הוא דהא התוס' ביבמות פמ"ח דף ק"ב בד"ה לענין הוכיחו דסגי באביו ישראל מקידושין דף ע"ז דישראל שנשא גיורת בתו כשרה לכהונה.

ס"ד ול"ה לגומלין בפ"ב דכתובות דף כ"ד רמו תרומה אדמאי דבתרומה ס"ל לרבנן כ"א מעיד על חברו שהוא כהן ור"י ס"ל דצריך שני עדים ובדמאי ס"ל לרבנן דאין מעידים זל"ז ור"י ס"ל דנאמנים וקשה לפ"ד הר"ן שם והה"מ פ"כ מהא"ב דחשוב מלתא דעל"ג וס"ל דגם לתרומה דאורייתא נאמן ע"א מה"ט א"כ מה רמיא דרבנן אדרבנן הא במעיד על חברו שהוא כהן על"ג משא"כ בדמאי וכ"ש אי איירי בתרומה דרבנן דקשיא ולריטב"א דבר"פ אם אין מכירין להעיד על הגוף צריך תרי באיסורין להכשיר איש והבאתיו לעיל קשה מאי רומיא דר"י אדר"י בשלמא להעיד על חברו שהוא כהן לא יקום ע"א באיש להכשירו לתרומה משא"כ בדמאי דמעיד רק על הפירות ול"ל שא"ה דא"כ ליחסו ולתרומה דאורייתא לרמב"ם גם לרבנן ל"ח כמעיד על הגוף.

וקושייתי על הר"ן י"ל דעל"ג רק עפ"י רוב דמיעוט מסקרין גם במלתא דעל"ג ולא מהני כנגד רובא דלאו כהנים אך כיון דיש רוב כנגד רוב מהימן ע"א משום חזקה דאין אדם חוטא ולא לו וכדאיתא בפ' האומר ס"ג ע"ב אך בחשש גומלין דליכא חזי' אא"ח ולא לו ל"מ על"ג כנגד רוב דלאו כהנים דמדלא מהני על"ג בעדות ממון כמ"ש בחו"מ

ס"ס

ס"ס למ"ד ע"כ לא עדיף מרוב שו"ר בא"ב על ר"ה דכ"ב דעל"ג כעין רוב ועוד אפשר דלפיכך מתמה רבה אדאביי דרבנן אדרבנן ל"ק כיון דמתרץ אביי דר"י דלפיכך נאמן בדמאי משום דרוב ע"ה מעשרין הן לא חיים לגומלין ורבנן חיישי א"כ בתרומה נמי אף דאיכא רוב דעל"ג למה נאמינו יותר מדמאי דג"כ יש רוב אך כ"ז לרבא דלא ס"ל בבכורת ד"כ לחלק בין רובא דתלוי במעשה לרובא דל"ת במעשה אבל לאביי דמסיק הש"ס שם דיש חילוק ה"כ ל"ד רוב דעל"ג לרוב ע"ה מעשרין ולפי מה דמשני הש"ס ואב"א דפליגי במעלין מתרומה ליוחסין ואל"ל בדמאי הקילו משום דרוב ע"ה מעשרין י"ל שפיר דאין זה רוב גמור משום דתלוי במעשה ומוילא דרבנן אדרבנן ל"ק דבתרומה האמינו לומר פי' כהן ול"ח לגומלין משום דעל"ג ועפ"י רוב אין משקרין א"כ תו א"ל לתירץ בשכלי אומנתו בידו ומיושב קושית תוי"ט דרמב"ם פסק כרבנן והשמיט תירץ דמוקי הש"ס בשכלי אומנתו בידו ואף דרוב לאו כהנים מ"מ עדיף רוב דלא משקרי בעל"ג משום דמיעוטא דכהנים מלוי משא"כ על"ג מיעוט משקרי איכו מלוי כ"כ כדמשמע בפרק פסולי המוקדשין דל"ו ע"ב דאמר הAי חליף כ"ע לא חליפי ולכן למ"ל דמיעוטא דע"ה דלא מעשרי מלוי יותר מהמועט דמשקרי בעל"ג דעכ"פ לא מלוי יותר מן רוב ישראל אח"כ מלאתי בטו"א על ר"ה דף כ"ב דכתב דגם במלתא דעל"ג אין ע"א נאמן כגד רוב והאמרי ברוך שם כתב דהא דבמלתא דעל"ג לא משקרי אנשי הוא כעין רוב והוי רוב כנגד רוב.

ובפר"ח יו"ד סימן קי"ט סקי"ז כתב אהא דתנן פי"ד דדמאי ה"ו הנכנס לעיר ואינו מכיר אדם שם וא"ל אחד איש פלוני נאמן הר"ז נאמן ופריך בירושלמי וע"א נאמן ומשני ר"י דהקילו באכסנאי מפני חיי נפש והקשו הא קי"ל השוד נאמן באיסורין על של חברו ותירץ הפר"ח דע"א נאמן להעיד על איסור עצמו דילפינן מוספרה לה אבל להעיד על איש אחד דנאמן זה עדות גמורה וצריך ב' עדים וכ"ד הריטב"א הנ"ל דמעיד על האדם צריך שנים וכדאיתא במסכיות זרעים עכ"ל הריטב"א ונראה דכוונתו להך דירושלמי וכ"כ מח"א בה"א סי' י"ט רמזו בגליון ירושלמי שם ולדבריהם קשה הא דפ"ב דכתובות דכ"ד דרמי דר"י אדר"י כמש"ל.

אך לע"ד י"ל דוקא להעיד על אחד שהוא נאמן כגון הא דפ"ד דדמאי בירושלמי צריך שנים לפימ"ש פנ"י בטעמא דע"א א"כ בממון ודבר שבערוה דאחד לא דייק וחיישינן דאומר בדדמי א"כ נהי דרק בממון ודבר שבערוה חיישה תורה ולא באיסורין הייכו במעיד על דבר איסור אמרינן חזקה או עפ"י רוב דייק אבל להעיד על אחד שהוא נאמן יש לחוש שמא זה המעיד אומר בדדמי ואת"ל דדייק ואומר אמת דפלוני נאמן מ"מ שמא זה הנאמן המעיד על האיסור אומר בדדמי ותרי מיעוטי בפלגא או יותר מפלגא כמ"ש הר"ן בפא"ט ובפ' א"ד דכ"ג איתא דתרי מיעוטא הוי רובא וגם כה"ג ס"ל לרמב"ם וש"ע כאן ס"ו דאם ע"א מעיד על פלוני שאביו כהן אין מעלין אותו לכהונה על פיו שמא חלל הוא עד שיעיד שזה כהן הוא או שיעידו שנים דאביו כהן דה"ע דאין סומכין על ע"א לומר דודאי כן הוא לכן כשיש עוד איזה חשש חוששין אף דזולת הצטרפות לא היו חוששין בכל אחד לבד וכן כה"ג כתב הנמ"י בפח"ה הבאתיו לעיל סימן זה לכן פריך הירושלמי וע"א נאמן אבל כאן דע"א מעיד על אחד שהוא כהן אף דמעיד על גוף אדם שפיר י"ל דע"א נאמן אמנם דברי הריטב"א ופר"ח מוכרחין מר"פ אם אין מכירין דהא על כאיית החדש צריך שנים וליכא חשש בדדמי ולמה אין אחד נאמן להעיד עליהם שהם נאמנים אלא דבלא"ה אין ראיה מוכרחת מר"פ אין מכירין לפימ"ש הפנ"י שם דגזרו שלא להאמין ע"א המכירו משום ע"א דראיה דמשפט כתיב ועיי"ש ומ"מ לכאורה גם מהא דפ"ד דדמאי מוכרחין דברי ריטב"א ופר"ח דבע"ד בשלו ליכא חשש בדדמי דמידק דייק וכמ"ש מרדכי פרק הגוזל ובתשובת מיימוני לספר משפטים סימן מ"ד ורכ"י ריש גיטין הובא בכתיבות סימן כ"ו ס"ו סקי"ח וא"כ כשמעיד אחד על אחר שהוא נאמן יכול לאכול אצלו ולקנות הימנו וע"כ דלהעיד על גוף האדם צריך שני עדים אך לפימ"ש תוס' רפ"ק דגיטין ורא"שונים דהא דע"א נאמן באיסורין ילפינן מוספרה לה ע"כ דלא מחלקי בין בע"ד גופא לעד אחר דבתרוייהו י"ל דאחד לא דייק דאל"כ מנין למילף אחר מוספרה לה וקי"ו דאשה עבדה מעשה בעצמה ומ"מ משוינן שאר עד לה וכ"ש דאין לחלק בין ע"א לבעלים ואין ראיה משו"ת מיימוני דל"כ רק בשלים דמידק דייק וי"ל משום דקבלוהו וסמכו עליו והוא קבל עליו דייק ביותר גם הא שכתב הכתיבות דברשב"ץ ח"ר כתב הטעם דע"א א"כ משום חשש בדדמי לא מלאתיו ואדרבה שם ענין ע"ז כתב דהטעם דחיישינן דמשקר דשכרוהו לשקר אך לקמן סימן י"ז סעיף כ"ח וסעיף כו"ן איתא חילוק זה דבע"א יש חשש דאומר בדדמי ובשני עדים ליכא חשש בדדמי.

ועוד כ"ל דאין ראיה מהא דאמר ר"פ אם אין מכירין ובירושלמי פ"ד דדמאי דע"א לא מהימן לומר על אחר דנאמן דשאני התם דעד זה לא כגמר הענין על ידו רק מעיד על אחר דנאמן משא"כ כשמעיד על גוף הדבר שהוא מותר דכגמר העדות על ידו וכדמלינו בגיטין דף ס"ז דיבורא גמרי מעשה לא עבדי וכתבו תוס' שם היכי דנגמר ע"י עדותם הוי מעשה משא"כ כשאומרים רק דבעל ליוה לפו"פ שיהיו סופר ועדים הוי רק דיבורא ה"כ י"ל היכא דהוי רק דיבורא יש לחוש יותר דאומר בדדמי וצריך שני עדים והפנ"י פ"ק דגיטין כתב ג"כ האי סברא לחלק בין מעיד על דבר שמותר הוי רק דבורא וחיישינן בכד דאומר בדדמי משא"כ באשה דקפרה לה דהוי מעשה עיי"ש בד"ה בא"ד ואי ע"א נאמן אבל תוס' דכתבו דילפינן מוספרה לה משום דס"ל כשמעיד לאחרים על דבר שהוא מותר חשוב ג"כ מעשה דנגמר ע"י עדותו וזה אוכל ע"י וכמ"ש בגיטין דף ס"ז בד"ה דבורא וא"כ במעיד על אחד שהוא כהן דנגמר העדות על ידו חשוב מעשה וע"א נאמן באיסורין.

ס"ט הוא אונן עליהם והם אוננין עליו פרש"י ורמב"ם בפיה"מ דאסורים בקדשים ויל"ד למה לא פרשו לענין שאר מילי דאונן אסור בבשר ויין ופטור מכל המצות ול"ל דלפטור מהמצות א"א כיון דהוא רק ספק אונן ולענין בשר ויין נמי כיון דזה רק איסור דרבנן כמבואר במל"מ פ"ג מאבל ה"י והובא בארעא דרבנן אות א' וכ"כ בפ"ת ליו"ד סימן שמ"א סקי"ב א"כ הוי ספיקא דרבנן בשלא אירעו ביחד דאם לא"ה פשיטא דאונן עליהם ממ"כ ועוד לפימ"ש המרדכי ר"פ א"ל דספק בילה אי נולדה אתמול או היום יש לה חזקה דלא נולדה עד היום ה"כ

ה"כ י"ל דהוא בן שבעה לאחרון דלא נתעברה עד אז וכבר עמד בזה הפלתי בבית הספק וכתב דדוחק לומר בן שבעה לא שכיח עיי"ש בד"ה ויש לי בלא"ה ואני אומר אם בן שבעה ל"ש נימא לאידך גיסא רובא וחזקה רובא עדיף וודאי הוא מראשון ומבואר בפ' החולץ דל"ז כיון דלא הוכר עוברה לג"ח אתרע לה רובא אך באיסור דאורייתא לא מוקמינן על החזקה כדאמר בר"פ האשה בתרא מ"ל איסור לאו מ"ל איסור כרת ועיין ש"ך יו"ד סימן נו"ן ובה"מ לקמן סימן וא"ו אבל לענין אנינות ליכא איסור דאורייתא רק לקדשים וא"כ השתא דלא נ"מ לקדשים למה כתבו הטוש"ע הא דינא ול"ל משום דביבמות שם ק' ע"ב אמרו בשלמא הוא אונן עליהם משכחת לה בליקוט עצמות דקמא וליקוט עצמות הוי רק אונן דרבנן כמו שפרש"י בפסחים דף צ"א ותוי"ט ביבמות שם הרי דגם באנינות דרבנן אסור מספק ומ"מ יש לדחות דלהכי קאמר בשלמא דכללא הוא דיש בו דוחק וכמבואר בקיצור כללי הגמרא שקושיות מבא התלמוד וא"כ לס"ד הוכרח לומר כן אבל למסקנא דמוקי לה בקדושי טעות מניין לנו דאסרו ספק דרבנן ומפרש דיש חזקה שלא נתעברה אלא מאחרון וראיה מפרש"י ורמב"ם דפרשו רק לענין קדשים ולא לכל מילי דאנינות ואפשר כיון דנ"מ לכמה איסורי דאורייתא כמבואר במשנה שם לכן החמירו לאיסור דרבנן ג"כ.

והב"י ביו"ד סימן שע"ד הביא מתוס' פ' החולץ ל"ו ע"ב דהא דתניא בתוס' פ"ד משמחות הספקות אוננין ומתאבלין עליהן נראה דבספק בן ט' ולראשון או ז' לאחרון איירי דגלאי הדבר שלא יתאבלו לא זה ולא זה מאחר שודאי קרוב לאחד והג"א בסוף מ"ק בשם א"ז כתבו ספק בן תשע לראשון או בן שבעה לאחרון אחרון מתאבל עליו ולא ראשון ע"כ ולא ידעתי מניין לו עכ"ל ב"י וכ"פ בהגהות רמ"א שם ולע"ד פרש"י ופיה"מ לרמב"ם בשיטתיה דא"ז קיימי דפרשו המשנה דוקא לקדשים דהוי דאורייתא ותוס' פרשו דעת התוספתא דקתני ומתאבלין עליהן אבל במשנה דלא תנן רק אוננין מוכח כרש"י ורמב"ם דאוננין כ"מ לענין קדשים דהוי דאורייתא בלאו שיש בו מלקות כמבואר ברמב"ם פ"ג מהלכות מע"ש הלכה ס' אבל באבלות אף לרמב"ם פ"א מאבלות דמצות עשה להתאבל יום ראשון י"ל דאוקמוה אחזקה ולא נולד רק לשבעה ועיין מל"מ פ"א מהו"ע ה"ז דלא אמרו בר"פ בתרא דיבמות מ"ל איסור לאו מ"ל א"כ רק בלאו שיש בו מלקות וגם מ"ש תוספת דמשום גלאי הוא לל"ע בשלמא אם היה הדבר בקול וא"א לאסור אחד יותר מחברו א"א להתיר נמי שניהם כמו בשני שבילין ובאו לשאול בב"א אבל כאן דיותר י"ל בן שבעה הוא דאוקמיה אחזקה נימא דיתאבל על השני לבד כהג"א בשם א"ז ובירושלמי בפרק נושאין על האנוסה ה"ז הביא תני ר"ח אוננין ומטמאין על הספק ומוקי לה דיש בו סימן דבעל ופירש וא"כ ה"נ הך תוספתא דמייתי תוספת דג"כ ר"ח סדרה י"ל נמי דבהכי מיירי ואפ"ת דלא מיירי בהכי י"ל משום דס"ל לר"ח דרוב וולדות לאו נפלים הוי כודאי בן קיימא תדע מדתני ר"ח דמטמאין עה"ס והרי במשנה מבואר דל"ז ולי"ז מטמאין אע"כ דשאני ספק מראשון או מאחרון דליכא האי רובא ובחידושי ליו"ד סימן ד"ש הקשתי עוד דנימא כנכ"ה דילדה ברשות השני ועוד למה מביאין אש"ת כדאיתא בר"פ החולץ נימא ודאי משני משום כנכ"ה ומשום חזקה

דמעיקרא ולא נתעברה עד אחר שנשאת לשני ונראה לפי מה דמוקי בפ"ד דכריתות דף ח"י הא דר"פ החולץ דמייתי אש"ת כר"א ואיתא שם בכריתות דלר"א דמתנדב אדם אש"ת בכל יום ואליבא דבבא בן בוטא דא"ל רק שיכנוס בספק קצת א"ל להיות חתיכה משתי חתיכות ולפי גרסת הש"ס שם חד ר"א הוא עיי"ש לכן אף דיש חזקה לומר משני ילדה מ"מ חזקה אינו מברר הספק רק גזה"כ לאוקים על החזקה אף דהוי ספק וא"כ להכי מביא אש"ת ואף דלתוספתא שם תרי ר"א נינהו והא דר"פ החולץ אל"ל דאתיא כהך דר"א דמתנדב אדם בכ"י אש"ת מ"מ מצי אתיא כהך ר"א דס"ל נמי יש אם למסורת וכמ"ש תוס' שם ואנן קי"ל באמת דלא מייתי אש"ת בהך דר"פ החולץ כמבואר ברמב"ם פ"ח מהלכות שגגות ומרדכי מסכת מ"ק סימן תתקי"ד ז"ל עוד תניא הספקות מתאבלין עליהם והאיך מתאבלין הא קי"ל כרשב"ג דמת תוך שלשים אין מתאבלין עליו והיכן דמיירי בספק בן ט' לראשון או בן ז' לשני שגלאי היה א"ל יתאבלו עליו ל"ז ול"ז אעפ"י שודאי בנו של אחד הוא דהכי קתני התם ספק אחיו ספק אינו אחיו או ספק בנו מתאבל ע"כ וקשה דמרדכי עצמו בר"פ א"ל ק"ל די"ל הנידה באיסור משום חזקה א"כ ה"נ נתלה דמשני נולד והוא דספק אחיו י"ל כשנתערבו הולדות דאין הכרע ואז י"ל משום גלאי והנה ונדלא תרצו תוס' ומרדכי וס"פ דשאני ספקות דקורבה דחששו שא"ל יתאבלו עליהם יתירה בקרוביהם מוכח כנוב"ת סימן מ"ס שבפ"ת לקמן סימן ד' ס"ק ל"ב.

הוא אינו מטמא להם ביבמות שם פריך למה לקמא לא יטמא ממ"נ אם בנו הוא שפיר ליטמא לו ואם דבתרא הוא חלל הוא דאביו נשא גרושה והקשה טו"ז ליסני דאינו חייב להטמא להם וכפרש"י פ"ק דב"מ דף ח"י באשתו ארוסה לא תטמא לו ולכאורה לק"מ דאה"ל כאן דאינו מחויב ליטמא לקמא כיון דספק הוא מחויב מספק ומה שהביא מהא דת"כ ומשו"ת הרשב"א דמשמע דאביו ספק אינו מחויב כלל אינו ראיה דהא י"ל כונת הת"כ לאמו ודאי מצוה ודאי אבל לאביו דאינו ודאי ליכא רק ספק מצוה וכה"ג פרש"י בפסחי' דף ע"ג בהא דמהר ודאי לא יצא דאי לא אייתר קרא אמרינן ככל שאר ספקי איסור על הודאי אזהרת ודאי ללקות עליו ועל הספק אזהרת ספק לאיסורא ואף דכאן גם בודאי ליכא מלקות מ"מ כ"מ אם אירע לו ליטמא לאמו ולאביו וא"א לקיים שניהם א"ל ולאביו ה"א דאמו שהוא ודאי קודמת וידחה של אביו וכ"ש לרמב"ם דכל ס"ד רק מדרבנן אסור ודאי אין ראיה מהת"כ כלל לומר דלאביו ספק אינו מצוה כלל דהת"כ מיירי רק למצוה מחויבת מה"ת אך לפימ"ש לעיל דיש חזקה לומר דבתרא הוא רק בלאו שיש בו מלקות לא סמכינן אחזקה ואסור להטמא לבתרא אבל לקמא דממ"נ ליטמי לו שפיר י"ל דאינו מחויב ליטמא משום דאוקמוה אחזקה ובריה דבתרא הוא ושפיר הקשה טו"ז.

אך בפשוט י"ל כיון דלבתרא אסור ליטמא נ"ל דלא יטמא להם דאינו מחויב דאין לפרש תיבה אחת בשינוי דלבתרא הך לא יטמא היינו דאסור ולקמא רשות.

בגמרא קאמר אלא לאו בזונות פרש"י ומשכחת הוא אונן עליהם ודקדק דרישת הרש"י הוא אונן עליהם מאן דכר שמיה הא בלא"ה אמר מעיקרא במלקט עצמות דקמא ולפימ"ש לעיל כיון דאנינות דליקוט עצמות רק מדרבנן הנ"ל ספקא דרבנן

דרבנן לקולא רק לפ״ד לא אשכח גונא אחרת והוכרח לומר ג״ז אסרו ולזה אמר בשלמא לומר דדחיקא לו לומר כן ויותר היה ניחא שלא לומר כן לכן אחר דמסיק אלא לאו בזנות פרש״י דהשתא מסכחת הוא אוכן בלא ליקוט עצמות ועוד כיון דמזנות נולד שמא לאו אביו הוא דל״ל בזה התירוץ דפ״ק דחולין רוב בעילות אחר הבעל ואכילות דליקוט עצמות רק דרבנן אפילו לקדשים וגם ל״ל בזה מ״ש תוס׳ כיון דודאי בנו של אחד מהם הוא גנאי הוא שלא יתאבל על שום אחד דבזנות אפשר דמעלמא הוא וכמה גוים פרוצים איכא לכן עכל״ל דבאכילות מיתה איירי ולענין עבודה ואכילת קדשים דהוי דאורייתא.

ועוד דהא כתב בדרישה ליו״ד סימן ת״ג דכהן אסור ללקט עצמות אביו דשמא נחסר כ״ם מאביו עיי״ם וא״כ מאי אריא דהוא איכו מטמא לקינא משום דשמא לאו אביו בלאה״כ אסור אע״כ דלא איירי בליקוט עצמות ול״ל דקיפא וריפא לאו בחד גונא א״כ מאי מיתיב לשמואל מסיפא דזה עולה במשמר של זה ובמשמר של זה כימא דזה לא איירי בנולד בזנות וא״כ עכל״ל ריפא כמי דאונן עליהם לאו בליקוט עצמות.

ובתוך שלשה נשאת לכהן עמ״ת דרש״י פירש אלא לאו בזנות שכיהס באו עליה בזנות משמע דוקא שניהס בזנות אבל נשואין אחר זנות תולין בנשואין ובאב״מ השיגו דבקוטה דכ״ז בהא דאמר שמואל ישא אדם דומה ואל ישא בת דומה משמע דלא ס״ל לשמואל רוב בעילות אחר הבעל וסוגיא דיבמות אליבא דשמואל עיי״ם ול״כ דבלאו הכי לשמואל נשואין אחר זנות תולין בנשואין דהא ס״ל בסוף פד״א אשה מזנה מתהפכת שלא תתעבר וא״כ הא דאמר שמואל דלא ישא בת דומה כ״ל דדוקא פנויה מתהפכת שלא תתעבר שלא תבא לגנאי אבל כשיש לה בעל תולה בבעלה וא״כ נשואין אחר זנות תולין בנשואין ועיין לקמן סימן י״ג ס״ו ובזה אזדא גם מ״ש הב״ש דאם זנתה קודם שנשאת דלא היה תלוי לה בעל ל״ל רוב בעילות אחר הבעל וי״ל דכבר היתה מעוברת ולפימ״ם מ״מ י״ל דמזנה מתהפכת וקתמא לא נתעברה.

סימן ד׳

ס״ה הולד כשר בפע״י דף ע״ה רא״א כותי לא ישא כותית דסבר כותים גירי אריות וכו״ע הבא עב״י הולד ממזר ובתוספת בד״ה ור״י כתבו דאם הולד כשר א״כ הוא הולך אחר הנכרי וליכא למיחש כ״כ אם תנשא לנכרי אבל השתא דקסבר הולד ממזר אם כן הולך אחר אמו איכא למיחש עפ״ שלא תנשא לנכרי והקשה מהרש״א דמשמע דאי כמי הולד כשר איכא למיחש במקלת ולא כ״כ כמו בהולד ממזר ואם כאמר דאיכו כשר עד שיתגייר הרי ליכא למיחש למידי דגוי כושא גויה עיי״ם וכ״ל דס״ל לתוס׳ דאם הולד כשר צריך גירות דים בו לד גיות במקלת מן האב אבל ל״ל דכולן מן האב וכדפרש״י בפרק י״ב דף מ״ז בד״ה דאיעבר מנכרי דלית ליה חיים לגבי ישראל ושייך הבן בתר אמו ישראלית טפי מבתר אבוה נכרי אך אם הולד ממזר משום דשדינן ליה בתר ישראלית וכיון שבעברה נולד הוי ממזר כמו שפרש״י בס״פ האומר ס״ח ב׳ בד״ה לימא אזי ל״ל דכולו שדינן ליה בתר אמו דאם גם בתר אביו נכרי כיון דמלד נכרי איכו ממזר לא הוי כולו ממזר רק במקלת מלד אמו והא בדף ע״ג שם דרשינן ממזר ודאי דוקא אסר רחמנא ובפ״ב דכריתות איתא במשנה ה׳ ז הוא ספחה ודאית היינו שאינה חליה ספחה וחליה ב״ח א״כ ה״נ אם קלתן נכרי איכו ממזר ודאי לכן אם הולד כשר דים בו מקלת מאביו נכרי נהי דמ״מ טפי יש בו מאמו ישראלית וים חשש כשישא גויה מ״מ איכו חשש כ״כ כמו אם הולד ממזר דאזי כולו ישראל ומיושב כמי תמיהת השעה״מ פע״ו ומהא״ב על התוספת מפ״ב דמ״ז דמשמע דנכרי הבא על הלויה דוקא פטור הבן מפדיון משום דלוי פסול מיקרי והא אף בישראלית כיון דהולד כשר שדינן ליה בתר אבוה גוי ולריך גירות וגר פטור ולפימ״ם א״ם דמ״מ איכו רק מקלת גוי וחייב משום דטפי מישראלית הוא ובפרק או״ב דף פ׳ ס״ל לרבנן שה ואפי׳ מקלת שה ה״כ בניך אפילו מקלת ועוד כיון דכתיב וכל בכור אדם בבניך תפדה הוי כמו כל חלב דדרשינן בר״פ יוה״כ לרבות כלי לא״ם ובשעה״מ שם הביא מתוספת דספ״ק דיבמות בד״ה נכרי שקידש דס״ל דהולד גוי גמור ומ״ם שם דלמ״ד כו״ע הבא על בת ישראל הולד כשר אין חוששין לקדושיו עיי״ם ואיכו ראיה דהולד גוי גמור אלא כיון דמקלתו גוי אין חוששין לקדושין דהא בפ״ק דקידושין ד״ז ע״א מבואר בהא דהתקדשי לי לחליי דאים א״ר ולא חלי אים ול״ע למה בפרק או״ב ס״ל לרבנן שה ואפילו מקלת שה. אך שבתי וראיתי בפרק החולץ דף מ״ם ע״ב בהא דחליו עבד וחליו ב״ח דתפים קידושין לכל אירות ומשום דלא שייר בקניינו כמ״ם תוספת שם וי״ל הדא דבאידושי רמב״ן פרק השולח דמ״ג כתב דהך דיבמות רק לס״ד אבל המסקנא דח״ע וחב״ח שקידש אשה איכה מקודשת וכ״ד ראב״ד הובא בח״כ פ״ק דקידושין רף ז״ין משום דכי יקח אים ולא חלי אים ובירושלמי פרק השולח ה״ה מבואר דרשב״א בשם ר׳ יוחנן אמר דח״ע וחב״ח שקידש אין חוששין לקידושיו והובא בגליון ש״ס בהשולח דף מ״ג וגם לשאר פוסקים עכ״פ ס״ל דהוי ספק בעיא דלא איפשטא.

ועוד הא בהשולח שם קאמר בהבעיא משום דלא חזיא לכוליה אפשר דמקודשת ופרש״י דכל מה דחזי למיעבד עביד וא״כ דוקא בח״ע אבל חליו נכרי בידו להתגייר ואי דאין בידו משום דמי יימר דמזקקי ליה תלתא כדאיתא בקידושין דף ס״ב התם משום דעד עתה לא היה מחויב במלות לריך שלשה לקבלת מלות כמבואר בתוספת שם בד״ה אלא אבל כאן מחויב במלות כולם מחמת לד ישראלית שבו ועדיף מעבד דא״ל שלשה משום שהיה מחויב במקלת מלות כאשה וכיון דלא עביד מה דחזי למיעבד איכה מקודשת דברלונו שייר.

ועוד הא קי״ל בפרק או״ב שה ואפילו מקלת שה וכאן אמרינן אים ולא חלי אים ול״ל התם ליכא בו לד שיות יותר משא״כ כאן נשאר בו חלי אים שלא קידש והייכו מה דאמרינן דשייר בקניינו וא״כ דוקא חליו עבד דהוא בהמה וכדאיתא בפרק האומר ס״ב ב׳ ודף ס״ח כמלא בח״ע וחב״ח לא כשתייר מלד אישות שבו כלום רק לד הבהמה ואיכו שיור וכמו שה ואפילו מקלת שה משא״כ בים בו לד גיות דהוי ג״כ אים הרי כשתייר חלי אים שלא קידש ואים ולא חלי אים א״ר.

ובתוספת פרק החולץ מ״ם ב׳ בד״ה כיון הקשו אהא דאמר שמואל כל דאמר מבית חשמונאי קאתינא עבדא הוא והא שמואל אית ליה

כו"ע הבא עב"י הולד כשר והקשה שעה"מ הא תוס' ס"ל דצורך להתגייר ולהשתחרר ולפימ"ש א"ש כהי דצריך משום צד גיות ועבדות שבו אבל יש בו ג"כ צד ישראלית א"כ לא הוי כולו עבד רק חציו ולשון עבדא הוא שכולו עבד משמע והרבה כ"מ לדינא בין חציו עבד לכולו עבד.

ומהרש"א בפע"י דף ע"ה ע"ב כתב דדברי רש"י סתרי אהדדי דבש"ס האומר דף ס"ח ע"ב פרש"י בד"ה לימא דאס כו"ע הבא עב"י הולד כשר צריך להתגייר ובדף ס"ע שם בד"ה איקורא מאי משום שפחה פרש"י דכו"ע הבא עב"י הולד כשר אלא שפחה וכו' ואם צריך להתגייר ולהשתחרר הרי יש לחוש בעבד שנתערב בהם כמו בשפחה ושעה"מ הקשה עוד מן פרש"י בהחולץ דמ"ה ע"א בד"ה בת מיכך דאסור בממזרת ואם צריך להתגייר הרי גר מותר בממזרת ולפימ"ש י"ל כיון דיש בו גם צד ישראלית רק צריך גירות משום צד גיות שבו אסור בממזרת וכיון דהא דעבד ושפחה נתערבו בכותים כל כותי בספק שמא נולד מן כותית שהיא ישראלית דלמסקנא שם בש"ס האומר כותים גרי אמת הן ואביו עבד ויש בולד חלק לעבדות וחלק ליבראלית וזה רק ספק דשמא הולד מכותי וכותית דהא רק עבד אחד נתערב ורובם לאו עבדים א"כ הוי ספק וודאי כיון דבין כך ובין כך יש בולד ישראלית חלק בולד וספק אם יש לעבדות חלק בו וקי"ל בפרק החולץ בספק ויבם דאין ספק מוציא מידי ודאי א"כ מהאי חששא דעבד אין לאסור כותי בכותית עכצ"ל משום השפחה דולדה כמותה לגמרי כדילפינן שם מהאשה וילדיה תהיה לאדוניה דולדיה לגמרי לאדוניה כאמם.

והא דאמר בפרק החולץ מ"ה ב' לרב יהודה חציו עבד וחציו ב"ח שבא על א"א אסור הולד בישראל משום דלד חירות נשתמש בא"א והולד ממזר עיי"ש והרי יש בולד גם מצד עבדות ולא הוי כולו ממזר ולא חשוב ממזר ודאי לק"מ דהא קי"ל מדרבנן גם ספק ממזר אסור ורב יהודה נמי ס"ל כר"א שם דף ל"ז דספקן בספקן אסור ומשום מעלת יוחסין כדאיתא בפע"י דע"ג ע"א ה"כ כשמעורב בו צד ממזרות.

ובשו"ת חמדת שלמה הובא בפ"ת כאן סק"א כתב דמתוספת פרק החולץ דף מ"ז מוכח דא"ל גירות וכוונתו מתוספת שם בד"ה נאמן אתה לפסול עצמך וא"כ לפסול בניך שהקשו ממ"כ אם נשא נכרית אפילו הוא ישראל פסולים בניה ואם נשא ישראלית הרי כו"ע הבא עב"י בניו כשרים ואם צריך גירות לק"מ ולפימ"ש אף דצריך גירות שפיר הקשו כיון דע"כ צריכין מילה וחייבין במצות משום צד יהדות שבהן מצד אמם א"כ ממ"כ א"ל כמולו עדיין ע"כ צריך למולן ואם כימולו כבר הרי הם ישראלים גמורים דשלשה א"ל כיון דכבר שייכים במצות כמ"ש לעיל ואף דלא נתכוין במילתן לשם גירות סגי כדאמר שם בדף מ"ה מי לא טבלה לנדותה וטבילה א"ל דהא לר' יהודה קיימינן והוא ס"ל שם דף מ"ו ע"ב דסגי במילה או טבילה לחוד.

עוד הוכיח מהפוסקים דכו"ע הבא עב"י הבת כשרה לכהן ואם צריכה גירות הרי גיורת פסולה לכהן וג"ז איכה ראיה דטעמא דגיורת פסולה משום זונה ומבואר בתוספת בפרק הבא על יבמתו דף ס"א ורא"ש לפי שבאה מגוים השטופים בזמה וזה שייך באמה נכרית משא"כ אמה ישראלית כאמה בתה ומבואר בב"ר פרשת וישלח ע"פ ותלא דינה דאין הבת מזנה אא"כ אמה זונה ואף דכבעלה לכו"ע מרבוה אין זה עלמיות בישראלית אלא מקרית ואין בתה חשובה זונה.

ומה שהביא מרמב"ן וחכמי צרפתים שברמב"ן פרש' אמור שהקשו על הת"כ דתני דבן האיש מצרי נתגייר דהא כו"ע הבא עב"י הולד כשר גם כן אינו ראיה כיון דהיה בן הישראלית ע"כ נימול ות"כ קאמר ר' יהודה כדאיתא בסנהדרין דף פ"ו ולר"י סגי במילה בלא טבילה ולא היה תו צריך קבלת מלות בשלשה וכמ"ש ולמה היה צריך עוד להתגייר.

ס"ה שפגום לכהונה וכתב רמב"ן פרק החולץ דף מ"ה דאם נשאת אין מוציאין אותה מידו והולד ספק חלל ומל"מ פי"ז מהא"ב ה"ז תמה ממ"כ אם דאורייתא פגום למ"ד פגום הוי ספק דאורייתא ולמה אין מוציאין ואם רק מדרבנן אמרו דפגום מק"ו דאלמנה לכ"ג למה לא הכשא לכתחלה ולמה הולד ס"ח הא ספיקא דרבנן לקולא ושעה"מ תירץ עפימ"ש מהריב"ל דבספק פלוגתא א"א לכופו לגרש דשמא הדין לקולא א"כ יהא גט מעושה שלא כדין עיי"ש ועדיין קשה מ"מ נוליאה מידו בלא גט רק להפריש מספק איסור ונראה דבש"ס יש שם ובבכורות פ"ב דף מ"ז אי הולד פגום כמ"ש רמב"ן שם ומסיים הש"ס שם הלכתא ככרי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר וכתב הרי"ף דיש מרבוותא ס"ל הפירש כשר דאינו ממזר אבל פגום הוה ויש ס"ל כשר לגמרי וסיים ברי"ף דאיהו ס"ל דהוי ספק והיינו דמסופק בכוונת הש"ס וא"כ הוי ספק מה אמרי בה קמאי דגם בדרבנן ספקו לחומרא כמו שהביא המכ"י בכלל א' סק"ו כמה ראיות לזה דחשוב חסרון חכמה ואפילו לפי הנראה מהרמב"ן דהספק הוא משום דאמר הש"ס הלכתא הולד כשר ולא יתסייםי אי כשר ופגום או גם אינו פגום הש"ס גופא מספ"ל הלכתא כמאן מ"מ בזה נמי כיון דהגמרא לא הכריע גם בדרבנן לחומרא כמ"ש במכ"י שם רק בתיקו יש פוסקים לקולא משום דתיקו א"א למפשט הספק עד ש"א כמ"ש במכ"י בקוה"ס ד"ע לכן פסק הרמב"ן דלא תנשא לכתחלה · והולד ס"ח אך אין מוציאין מידו כיון דלהוציא בגט בע"כ דבעל א"א כמ"ש שעה"מ עפימ"ש מהריב"ל וכאן גרע יותר כיון דהספק מה אמרי בה קמאי דהוי חסרון חכמה דלא מיחשב ספק א"כ י"ל נמי דא"א לכופו לגרש דכיון דאינו ספק ומותר לדור עמה והוי גט מעושה שלא כדין א"כ כשנפרישה בלא גט תהא עגונה כל ימיה ואין לך שעה"ד גדול מזה וקי"ל בפלוגתא בדרבנן דאמרינן בשעת הדחק כדאי ר' פלוני לסמוך עליו אפילו ביחיד נגד רבים כמבואר בש"ך יו"ד בהנהגות או"ה בס"ק רמ"ב והב"ח שם ס"ל דגם בדאורייתא אמרינן כדאי ר"פ לסמוך עליו והש"ך השיג עליו כיון דתורה אמרה אחרי רבים להטות איך נסמוך על היחיד משמע לכאורה היכא דליכא רבים יודה גם הש"ך אלא דל"ע הא מ"מ הוי ספקא דאורייתא דלכ"פ מה"ת אסור וי"ל עפימ"ש רש"י ותוס' ברים ביצה אהא דכח דהתירא עדיף דקברא דהמתיר יש לו ראיה מדסומך על שמיעתו להתיר אבל האוסר י"ל בלא ראיה וטעם מחמיר ובחידושי ליו"ד סימן רל"ג הוכחתי מכ"פ כהב"ח דגם בדאורייתא אמרינן כדאי פלוני יחיד לסמוך עליו בשעה"ד אבל העיקר כ"ל לרמב"ן דגם למ"ד פגום הוא רק מדרבנן דהא תוספת בספ"ק דיבמות ט"ז ע"ב הקשו אהא דמ"ד כו"ע הבא על ב"י הוי ממזר בשלמא מעבד הוי לאו אלא מכותי הא מדאורייתא ביאת היתר הוא דב"ד

סל

של שם גזרו ותרלו דהוי ממזר דרבנן ול"ל הא דאיתא בע"ז עכו"ם הבא על ב"י דאורייתא הייכו כמ"ש תוס' רי"ד שם דככתב בתורה הוליאה ותשרף אבל איכו רק גזרה דב"ד של שם והכה רמב"ן בפרשת תלא אפסוק דלא תהיה קדשה ס"ל גם בעבד הבא עב"י איכו אסור מה"ת דלא מיירו רק דלא תהא מופקרת לכל וגם הת"א דפרשו בעבד דוקא כשהיא עם העבד בקביעות כבעל עם אשתו ועב"ש לקמן סימן ט"ז דכ"ד הרמב"ם דליכא איסור תורה בעו"כ הבא עב"י וא"כ מה ק"ו מאלמנה לכ"ג דילירת הבת בעברה דאורייתא אע"כ דפגום רק דרבנן וק"ו כמי להיות פגום מדרבנן כיון דמדרבנן ילירתה בעברה וכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון כדאיתא בפסחים פכ"ם דף למ"ד ע"ב ובכ"ד וא"כ ראיתי בבית מאיר שכ"כ עיי"ש אלא שהאריך לומר דפליגי רמב"ם ות"א ואיפתמיכתיי דברי רמב"ן בפרשת תלא ול"ע ברמב"ן פרשת אמור על פסוק וילא בן אשה הישראלית דכראה דק"ל הולד פגום מן התורה בודאי.

ועוי"ל אפילו יהא מדאורייתא למ"ד פגום מ"מ יש להקל לדידן דמספ"ל הלכה כמאן דבריעב"א וכמ"י כתבו דמ"ד דאיכו פגום ס"ל דלאו ק"ו הוא מאלמנה לכ"ג דרחמנא אפקריה לזרעיה דגוי והולד נגרר אחר האם וכאלו כלו ישראל דבן בתך הבא מגוי קרוי בנך עיי"ש ומאן דיליף ק"ו ס"ל דגם לגוי יש בה חלק קלת אף דודאי עפי יש לבת ישראל חלק בזרעה כיון דקרוי בנך וכן פרב"י בפרק יש בכור דף מ"ז בד"ה דמיעבר מככרי דלית ליה חיים לגבי ישראל ושייך הבן בתר אמו ישראלית עפי מבתר אבוה ככרי וא"כ אכן דמספ"ל אי פגום די"ש גם לככרי חלק בהולד א"ל פגום דאין לו חלק אבל אומה ישראלית בין כך ובין כך יש לה חלק והספק אם כולה שלה או רק רובא א"כ דמי לספק ויבם בככסי סבא דיבמות לף ל"ח דקי"ל אין ספק מוליא מידי ודאי כיון דיבם ודאי יש לו חלק הוי הנכסים בחזקתו והספק א"י להוליא ממכו בספק וה"כ י"ל כאן אין ספק מוליא מידי ודאי אלא די"ל דזה לא אתמר רק גבי ממון דהמע"ה והודאי חשוב מוחזק כגד הספק אבל לגבי איסור לא מהכי מוחזק והש"ך ביו"ד ס"ס קע"ז גבי ספק רבית העלה דאמרינן למלוה דאסור לו מספק ויחמיר לעלמו אבל הב"ד אין מזדקקין להוליא ממכו אף דהוי ספק איסור כיון דמוחזק עיי"ש וא"כ ה"כ לכתחלה לא תכשא כיון דהוי ספק איסור אבל הב"ד אין בידם להוליא כבכשאת משום חשש דיש לככרי חלק בולד דאין ספק מוליא מידי ודאי.

אך דק"ל לרמב"ן כהי דאין ספק מוליא מידי ודאי ה"ד דיעבד דלא עדיף מק"ם דמדיכא מותר מ"מ לכתחלה אסור כמ"ש בב"ת על יו"ד סימן קי' ס"ט באמלע ד"ה דרך ג' ובסימן קכ"ב ובפ"י ריש ב"מ בהא דז"א כולה שלי וז"א חלי שלי כתב דסברא דאין ספק מוליא מידי ודאי לא מהכי להוליא מיד מאן דתפיס או דבמקום שיש לברר לריך לברר עיי"ש וא"כ ה"כ לא קמכינן לכתחלה כיון דהיכי דתפיס או באפשר לברר חשבינן ליה לספק.

סי"ב חוששין לקידושיו כתב הב"ח דהייכו אם רבו לא יערער אה"כ עליו להשתעבד בו אמדינן דעתיה מסתמא ודאי כיחא ליה שישא ישראלית וישתחרר עכ"ל משמע דישתחרר מעתה ותמוה דאיך ישתחרר בלא כסף ובלא שטר וכדאיתא ביו"ד סימן רס"ז ועב"ש סקי"ג וי"ל דאם קידש בכסף שכתן לו אחר שיעשה בו מה שירלה דקכה העבד כדאיתא בש"ך יו"ד סי' רס"ז סקכ"ב סקל"ע א"כ כשיש אומדנא דכיחא לרבו שישא ישראלית וישתחרר הוי כאומרת הן מכה לפלוכי ואתקדש אכי לך דמקודשת כדאיתא בפ"ק דקידושין ד"ז ה"כ הוי כאומר הרב לעבד תן כסף לאשה ותשתחרר דמשתחרר והאשה מתקדשת באותו הכאה דמגיע לה על יד העבד כמו רקוד לפני וכדומה או דהוי כמי כאמר לה הרב הילך מכה ותתקדש לפלוכי כי המכה שלו שמשחרר העבד בעדו ועיין לקמן סימן כ"ע ס"ב וס"ה ועדיין ל"ע כיון דיכול לערער אח"כ א"כ ל"ה אומדנא לומר אכן סהדי וליהוי דברים שבלב דל"ה דברים ואפילו לא מערער אח"כ לא מהכי למפרע עתוס' ריש פרק השולח בד"ה מ"ד.

ובמו"ז השיג על הב"ח דהאיך יתפסו הקדושין כיון שתלוי עדיין בערעור רבו דאפשר שיבא ויערער עוד כיון שאפשר לו לערער ובשעת הקדושין לא היה שם בירור לקדושין ובהג"ה כתב דהוי כההוא דלקמן סימן ל"ח סעיף יו"ד דע"מ שלא ימחה ולכ"ד שא"ה דתכאי מלתא אחריתי ובגוף הקדושין ברור לעדים משא"כ כאן ואפשר דהוי כמ"ש מהר"ם בים ספק לעדים ל"ה קידושין ועיין כה"ת בדיכי תפיסה דה"ד היכא דהיה אפשר אז לעדים לידע אם היו רולים לדקדק וה"כ היה אפשר לשאול להרב אם רולה שיחולו הקדושין או אם כבר שחררו ועיין לקמן סימן למ"ד בב"ש סק"ע ותו"ח שם סק"ח וכ"ש כאן דעדים מוקמי להעבד בחזקת עבד והאשה בחזקת פנויה והוי כברור לעדים דלא נתקדשה וכשלא ערער אח"כ הוי כבאו עדים אחרים דזה בר קדושין והוי עדות הראשונים חלי דבר.

ולעגין הסתירה שבטור כאן כתב דכשא לפני רבו תופסין הקדושין וביו"ד סימן רס"ז כתב דל"י לחירות כ"ל כמו דמחלק הש"ס בפרק המדיר דף ע"ו כאן מכה לי בידך וכאן מכה לאבא בידך דברי וחזקה מהכי אם בעלמו טוען ברי ה"כ ביו"ד ובש"ס דאמרו דל"י לחירות דע"כ כשרולה הרב להשתעבד בו וטוען דלא שחררו וי"ל ברי וחזקה דהעבד שלו מעיקרא וזה אלים יותר מהאומדנא משא"כ לענין הקדושין אף דהרב טוען ברי דלא שחררו ל"מ להאשה דאיכה טוענת בעלמה ברי דהאומדנא מדכשא לפניו ב"ח ושתק דודאי שחררו דלא היה מכיחו לעשות איסור וזה מחמת רוב ישראל בחזקת כשרות ועדיף מחזקת פנויה משא"כ לגבי הרב עלמו ל"מ הרוב דטוען ברי וכמ"ש תוספת ר"פ המכ"ח דאפילו לרב דהולכין בממון אחר הרוב לא מהכי רוב כגד הטוען ברי קים לי בכפשאי שאכי והמיעוט ואפשר אפילו מת רבו ולא טען ברי מ"מ הרוב ל"מ להוליא העבד מחזקת מריה דיורשים במקומו והעבד אין לו חזקה בעלמו דאם הוא עבד כנעני הרי אין לו חזקה וכמ"ש הראשונים בספ"ק דכתובות לענין חזקת ממון בעכו"ם דהספק בגוף החזקה וטעכינן ליורשים כל מה דימלי אבוהן למטען אפילו במלתא דל"ש וכדעת הפוסקים שבכ"ך חו"מ סימן ק"ה סק"ח ורוב ל"מ להוליא ממון מחזקתיה משא"כ כגד חזקת פנויה רובא עדיין מחזקה ועיין תוספת ספ"ק דב"מ בד"ה איסורא ממוכא ועיין הג"א פרק הגוזל עלים בד"ה מעושה בפרגא דכתב הריב"ס דאדם מע"ר למפטר כפשיה ממוכא ולהכי ה"כ לגבי עלמו שלא יוליא העבד מרשותו מע"ר משא"כ לענין תפיסת הקדושין ל"מ ברי של הרב דאאמע"ר ואמרינן אומדנא דלא היה מכיח לעשות איסור.

הג"ה וכ"ש אם כנס שפחתו דחוששין לקידושיו כתב הב"ש דז"ד הרמ"ה דס"ל אפילו כנס שפחתו אסור בה בלא ג"ש וכאן סתם ופסק כהרמ"ה וא"י למה כתב שם ביו"ד בהג"ה אם אמר התקדשי גרידא אמרינן ודאי שחרר והיינו כהרא"ש דאלו לרמ"ה אינו אלא ספק ע"כ והיינו מ"ש רמ"א ביו"ד סימן רס"ג בכ"ח דאמרינן ודאי שחררה מעיקרא ואלו הקידושין וציין שם ב"י בשם רפ"י וכ"מ בפרק השולח בגמרא וכ"ל דהתם נמי לא פסק כדעת הרא"ש דמחזיקינן לה לעלמא נמי כודאי מקודשת אלא ס"ל כרמ"ה בסברתו דל"מ אומדן דעתו רק לענין מוכא לאפוקי מיניה ולא לאיסורא ומשום דהודאות בע"ד לחובתו כמ"ע דמי אבל לאיסורא לא מהימן כיון דאתחזיק איסורא דהיתה שפחה אין ע"א נאמן בדבר שבערוה לכ"ע וכדאיתא ריש גיטין אך מ"ש הרמ"ה דגם אם בעלמו רולה לדור עמה לריך ג"ש ולקדשה שנית. לא ס"ל לרמ"א כיון דפירש"י בכתב לה התקדשי ודאי שחררה וכ"מ שם בגמרא וה"ע דבאידושי רמב"ן ריש גיטין הקשה למה לא כילף ומקפרה לה דע"א נאמן גם באיתחזיק איסורא ותירץ שאני כדה דמתוך שנאמנת על עלמה נאמנת נמי לבעלה ואם כן ה"כ מתוך דנאמן לעלמו נאמן נמי לה לדור עמה אף דהיא א"י אם זיכה לה ג"ש ע"י אחר ובפרש"י וגמ' אינו משמע דגם לגבי אחריני כיומא ודאי שחררה דהאומדנא לא עדיף ונאומר בפירש דשחררה דאין ע"א נאמן לגבי אחרים רק חוששין כדאיתא ביו"ד שם סעיף ע"ה ולבן כאן דכל הסעיף איירו לגבי אחריכי דחוששין ע"ז כתב רמ"א וכ"ש אם כנס שפחתו דחוששין לקידושין לגבי אחריכי הוי רק ספק וביו"ד איירי לגבי האדון ושפחתו פסק דודאי שחררה ואלין הקידושין וא"ל ליתן לה ג"ש ולקדשה שנית ולכן לא ליין שם דזה דעת הרא"ש ולכן בסעיף ס"ע שם לא הכריע רמ"א בין הדיעות וגם בסעיף עין שם הבוה רמ"א נושא שפחתו לאשה עבדו ב"ח דנולן לריכין ג"ש והיינו כהרמ"ה ומשום דשני הסעיפים איירי לענין אחריכי כמו כאן דכ"ש אם נושא שפחתו דינו כאשה עבדו דהיינו לגבי אחריכי לבד.

עוד כ"ל דכיון דפרש"י בכתב בשטר התקדשי לי ודאי שחררה ונכבר ומקודשת והרא"ש כתב דכן מוכח בפרק השולח בהא דהכותב שטר אירוסין לשפחתו והרמ"ה שבטור יו"ד שם איירי רק בכנסא שפחתו ולא הזכיר בדבריו שכתב שטר אירוסין לשפחתו לכן הכריע רמ"א דבכותב שטר שאני דודאי שחררה מעיקרא דבכדי לא עביד וכדאיתא בחו"מ קימן מ"ב ס"ע דהיכא דבטל השטר לגמרי לא אמרינן יד בעל השטר עה"ת וכתב בתשובת מהר"ס מרוטנבורג חחו"מ ק"ח דדוקא גבי שטר דעביד מעשה לכתוב ולחתום אמרינן בכדי לא עביד הובא בפ"ת לחו"מ שם ועיין תוספת ר"פ הכונס בד"ה אליבא.

וא"כ כהי דרמ"ה לא סמך אחד אומדנא דלא עביד איסורא להיות כודאי קידושין מ"מ בשטר יש עוד אומדנא דבכדי לא עביד וכבר כתבתי לעיל דהאומדנא מלד רוב קאתי ומליכו ביוחסין דהמניכו בחד רובא והקילו בתרי רובא משא"כ בכנסא שפחתו דליכא אומדנא דבכדי לא עביד פסק רמ"א כהרמ"ה ומפרש די"ל בשפחה אחר ג' שנים דיש חשש בעולה ואינה נקנית רק בבעילה לפימ"ש בכבוד חופה פ"י מה"א ס"א דכל בעולה אינה נקנית רק בבעילה א"כ כנסא שפחתו היינו בביאה דודאי ל"ל אומדנא דבכדי לא עביד אבל בשטר אירוסין כיון דכבר נזדקק הוא

ועדים לכתוב שטר הרי היה יכול לכתוב בו גם כן לשון שחרור דמהני לקדשה ולשחררה כדמוכח מהא דאמר שם בהשולח דדוקא כשכתב לאי והתקדשי בי ס"ל לחכמים דאין זה לבון שחרור אלא ודאי כבר שחררה מעיקרא ובזה א"ש מ"ש בירושלמי פ' השולח כתב כתב קידושין לעבדו או כתב נשואין לאמתו רבי אומר זכה דקשה דהל"ל או כנס אמתו א"ו דוקא כתב.

ועוד דרמ"ה כתב דלא אזלינן גבי איסורא בתר אומדן דעתא ובהשגות הראב"ד פ"י מה"ג הי"ט כתב בשפחתו שיש בידו לשחררה ל"ש התירא ואכיל איסורא ובאמת פ"ק דחולין דף ד' אמרינן אפילו גבי מומר דבודק סכין ונותן לו דל"ש התירא ואכיל איסורא ול"ל משום דפריך התם א"ה אפילו לא בדק נמי ומשני מיטרח לא טרח וס"ל להרמ"ה דה"כ לאזור אחר סופר ועדים לכתוב ולחתום שטר שחרור הוי טרחא וכמ"ש תוס' ר"פ הכונס בד"ה אליבא ונדטרח לכתוב לו שטר ודאי גמר ומשתעבד עיי"ש אך כשמקדשה בשטר אירוסין הרי בידו לכתוב בו נמי לשון שחרור כיון דכבר כותבין וחותמין לו עדים שטר ובש"ס פריך מי איכא מידי דלעבדיה לא מעבד ליה איסורא ואיהו עביד איסורא וקשה כימא בעבדיה חזקה אא"ח ול"ל אע"כ ל"ל משום דהוא נמי בידו לשחררו ול"ש התירא ועביד איסורא.

ועוד י"ל דהרמ"ה כתב דאומדן דעתא מהכי למומכא שלא ישתעבד ולא לאיסורא ולכאורה לפימ"ש הרמב"ם בפע"ז מהלכות סנהדרין דא"ל שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה אבל האסור עלמו בע"א יוחזק כיצד אמר ע"א חלב כליות הוא זה ואכל אחר שהתרה בו לוקה אעפ"י שעיקר האיסור בע"א וא"כ ה"כ כיון שהוחזק לב"ח ע"י האומדנא יועיל אח"כ גם לאיסורא אלא די"ל התם תחלה לא כ"מ רק אם אסור לאכול חתיכה זאת וקבלנו עדותו לאסרו וכשנולד אח"כ שאכלו אחד כבר הוחזק לחלב ומשא"כ הכא נולד בפ"א לדון לענין ממון ולענין איסור אם מותר לדור עמה ואז עדיין לא הוחזק ונאסר לדור עמה וכיון דאתסר אהסר דתיכף החזקנוהו לספק אך זה כשכנסא שפחתו ולא קדמו קידושין לבד ומשא"כ כשמקדשה לבד עדיין לא כ"מ לענין איסור דבין שפחה ובין ארוסה אסורה בלא כישואין וכ"ש לפי מה דס"ל לרמב"ם ופסק כן בש"ע לקמן סימן ע"ז דאיסור שפחה לישראל אינו רק איסור דרבנן וכיון דארוסה נמי אסורה לו מדרבנן לא היה לנו לדון אם מותרת לרבה מחמת הקידושין רק דכין אם הוא שפחתו להשתעבד בה ולזה מהני האומדן דעת וילאה לחירות לכן כשבא לישא אותה אח"כ או כולד לה בן ממנו או נשארה אלמנה ודכין לענין יבום וחליצה ואם מותרת לישראל אמרינן כיון דהוחזקה לב"ח הוחזקה.

וברמב"ם ספ"ו מה"ע כתב הכותב שטר אירוסין לשפחתו אעפ"י שאמר לה לאי בו לחירות והתקדשי בו אין בלשון זה לשון שחרור ואינה מקודשת ולא משוחררת וכתקשו בו דמשמע ל"מ כשאמר רק התקדשי בו והא בהתקדשי בו לבד מקודשת ומשוחררת וכדפירש"י בפ' השולח ומוכח כן בש"ס שם.

ונ"ל דז"ל הש"ס שם דף מ"ט דאר"ז וכו' עבד שכנסא ב"ח בפני רבו א"ל ר"י אני שונה הכותב שטר אירוסין לשפחתו רמ"א מקודשת וחכ"א אינה מקודשת הכא כשרבו השיאו אשה ומי איכא מידי דלעבדיה

דלעבדיה לא מעבד ליה איסורא ואיהו עבד איסורא ורכב"י הבמ"ע דא"ל לאי בו והתקדשי בו עכ"ל וק"ע דמעיקרא דמשני כשרבו השיאו אשה מה קסבר אם ס"ל כרכב"י דחכמים ור"מ פליגי בא"ל לאי וכו' למה ליה למימר בשהשיאו רבו דלרכב"י בלא"ה לק"מ ואם לא ס"ל כרכב"י איך ס"ד דלעבדיה לא מעבד איסורא ואיהו עביד איסורא אך לכאורה תמוה קושית הש"ס דשאני עבדיה דחזקה אא"ח ולא לו וכדאיתא בשבועות דף מ"ב ובפ"ק דב"מ ול"ל דאיהו כמי בידו לשחררה ול"ש התירא ועביד איסורא וכמ"ש בהשגות הראב"ד פ"י מה"ג הי"ט אך לר' יהודא בספד"א דגיורת ומשוחררת צריכה להמתין ג"ח משום הבחנה א"כ ל"ל ל"ש התירא דשמא לא עלתה בדעתם לישאנה עד עכשיו ואם ישחררה היום ימתו בידו מלישא עד ג"ח ואף דכותבין לבתולה יב"ח הייכו כשהאשה מעכבת ובר פלוגתיה דר"מ הוא ר' יהודא לכן משני שפיר הכא בשהשיאו רבו ולא חש לקושיא מי איכא מידי וכו' והמקשן ורכב"י לא רצו לדחוק דחכמים דר"מ הייכו ר' יהודא לבד דגם ר' יוסי בר פלוגתיה דר"מ וכדאיתא בעירובין דף מ"ו ור' יוסי ס"ל בספד"א דגיורת ומשוחררת א"ל להמתין וכן ס"ל לשמואל התם בלישנא אחריני ולישנא דחכ"א משמע כולהו בר פלוגתיה דר"מ לכן מתרץ בדאמר לה לאי והתקדשי בו ורמב"ם דפסק בפי"א מה"ג הכ"א דמשוחררת אפילו פנויה ולא נבעלה צריכה להמתין ג"ח וכמ"ש רדב"ז ח"א סימן קל"ו לית ליה הך דלא שביק התירא בפ"י מה"ג הי"ט ולכן ס"ל כמי בהתקדשי לי כמי איכה מקודשת ואיכה משוחררת ולכן כתב אעפ"י שאמר לה לאי לחירות והתקדשי דה"א דיש בזה לשון חירות וכ"ש בהתקדשי לבד וס"ל לרמב"ם דתירוץ קמא דש"ס אמת לפי מה דס"ל דחכמים הייכו ר' יהודא ואוקמתא דרכב"י אמת לפי מה דס"ל דחכמים הייכו כמי ר' יוסי ולכן פסק דלאי בו לחירות איכו לשון שחרור אך רביכו ירוחם השמיט הך דלאי בו והתקדשי בו והקשה ככה"ג ביו"ד סימן רס"ז למה השמיטו ועיין שם בגליון יו"ד סכ"א ולפימ"ש א"ש דר"א ס"ל כמי להלכה דמשוחררת פנויה אף שלא נבעלה צריכה להמתין ג"ח וכמ"ש כדב"ז שם וא"כ קושית המקשן דמי איכא מידי ותירוץ דרכב"י איכו מוכרח כלל ואפשר דהמקשן ורכב"י ס"ל כלישנא אחריני דספד"א דמשוחררת גדולה א"ל להמתין ג"ח או רצו לתרץ גם אליבא דלישנא אחריני דלא ליתי דברי חכמים דלא כהלכתא ורי"ו דפסק להלכה דצריכה להמתין ג"ח אין ראיה כלל דלאי בו לחירות איכו לשון שחרור גם אין ראיה דהתקדשי גרידא מקודשת וכיון דאיכא למימר הכי ואיכא למימר הכי השמיטו לגמרי דכן דרכי הפוסקים כ"פ להשמיט מה שמספוקים בו כמ"ש הב"ח ביו"ד סימן קפ"ע ס"ל ור"כ ס"ו וסכ"ע ס"ז ובסימן שס"ח ובכ"ד והובא בי"מ.

והמחבר בש"ע לקמן סימן י"ג ס"ה דפסק דמשוחררת שלא נשאת א"ל להמתין ורמ"א שתק לו לכן פסקו דכותב שטר אירוסין ואמר לה לאי והתקדשי בו איכה מקודשת ואיכה משוחררת אבל בהתקדשי לבד מקודשת ומשוחררת.

סי"ד אחר יב"ח הולד ממזר בימ"ש ס"פ הערל סכ"ע הקשה דבש"פ מי שאחזו בהתנה א"ל באתי ליחש שמא בא בלכנעא וכ"ל דלק"מ לפימ"ש תוס' בספ"ס דב"מ כ"ף ע"ב בד"ה איסורא דבא"א החמירו אפילו בשיש רובא לקולא ועוד מדרבנן חשו משום לעז וא"כ ה"כ נהי דאין דרך לבא בלכנעא כמ"ש הרמב"ס פ"ט מה"ג הי"א מ"מ בא"א החמירו או משום לעז וכ"כ מפרש"י ס"פ מי שאחזו דפירש שמא יבא אהבעל ויערער.

ומהרי"ט ח"ב בא"ע סע"ו הקשה לדעה שניה בכאן דתולין שבא בלכנעא ובס"פ מ"ש איכא חד לישנא דל"ח שמא בא ופסקו הרמב"ס וג"כ ל"ק דנהי דאין דרך לבא בלכנעא מ"מ גם זנות ל"ש כדאיתא בפ"ב דגיטין דף י"ז ע"ב ויש לנו לאוקמה בחז"כ והתם ל"ל נוקמוה בחזקת א"א כיון דכבר נתגרשה ואין הספק רק בתנאי דמלתא אחריתי הוא וכה"ג כתב הריטב"א שבב"י חו"מ סימן מ"ו.

ועוד כיון דמסקינן בבכורות דף כ"ף דרובא דתלי במעשה ל"ה רוב וכתב הרמב"ן שם דמיעוט דאיכו תלוי במעשה עדיף מהרוב התלוי במעשה וכתבו תוס' בפרק האשה בתרא דף קי"ט דתשמיש איש עם אשתו ל"ח תלי במעשה דממילא הוא בא שאדם נזקק לאשתו ומשמע דוקא איש עם אשתו אבל זנות תלי במעשה וכ"כ האחרונים וא"כ נהכי כאן תלינן שמא בא אף דזה תלי במעשה מ"מ זנות כמי תלי במעשה ועדיף לתלות בהיתר משום חז"כ משא"כ בגיטין ל"ח דבא דתלי במעשה והא דהולך הרמב"ס לטעם דאין דרך לבא בלכנעא משום דאל"ה הלל"ל בא"א ניחש כיון דלא סמכינן ארובא כמו במשאל"ס וכמ"ש תוס' בספ"ק דב"מ שם לכן הוסיף דאין דרך לבא בלכנעא והוי כתרי רובא להתיר.

ועוד כיון דקי"ל בספד"א דאשה הופכת ומזנה ה"ל אם איתא דזנתה היתה הופכת ולא היתה סומכת דיתלו הולד בבעלה כיון דאין האיש בביתו יכנו אחריה.

וימ"ש שאינו בחזקת ממזר בפרישה כתב דהא דבפ' הערל פי' ע"ב אמר דעובדא הוה ואכשריה רבא תוספאה לפי דתלינן דאשתהי העובר יב"ח והא בלא"ה י"ל שמא בא הבעל בלכנעא ובעל ה"ט דמטעם דאישתהי ודאי כשר אבל משום שמא בא הבעל בלכנעא עדיין ספק ממזר הוי ותמוה דהא בפ"ג בשילהי גיטין פירש כן מה דתניא בגיטין דפ"ט דאין חוששין לממזרת הייכו שהלך בעלה למדה"י וילדה אח"כ בת לכן יצא קול שזינתה אין חוששין דאמרינן שמא בא בעלה בלילה ושמש כמעשה דאבוה דשמואל שבא ע"י שם בלכנעא ושמש עיי"ש הרי דאין חוששין וודאי כשרה ונראה משום דיש לומר את"ל לא מבעלה הוא שמא מעכו"ם דקי"ל עכו"ם הבא עבו"י הולד כשר אבל דרבא תוספאה אכשרה מטעם דאישתהי לבד ואפילו במקום שאין עכו"ם מלוי תדע דאלת"ה מה פריך בפ' הערל שם דרבא תוספאה כיחידאה דס"ל לענין כולד לאי דאשתהי כימא דאתי ככ"ע דבכולד לאי לרבנן לא תלינן דאישתהי דרוב עוברין הנגמרים כולדין מיד וכמ"ש מהרי"ק שורש ק"ג אבל לענין חשש ממזר דמבואר בפע"י דף ע"ז ממזר ודאי א"כ ולא ממזר ספק ומבואר באס"ז פ"ק דב"מ דף וא"ו ע"ב לענין עשירי ודאי כיון דעשירי ודאי א"ר לא אמרינן כל דפרים מרובא פריש דרוב כמי רק ספק הוא ורק גזה"כ בעלמא ליזל בתר רוב אבל היכא דודאי א"ר ולא ספק גם רוב ל"ה ודאי ואף דמדרבנן ספק ממזר אסור כדאיתא בפע"י שם מ"מ כיון דאיכא ספק אף את"ל דלא מבעלה שמא מעכו"ם הוי ספקא דרבנן לכן אכשריה לולד ועכל"ל דקי"ל

דקי"ל לש"ס דאכשריה רק מטעם דאשתהי ולא היה שם ספק מעכו"ס.

ולפי זה לק"מ אבה"ג קושית מהרי"ט מהא דלענין עדים זוממין לא תלינן דבאו ע"י שם וכן בגיטין ל"ח דבא משום דאין דרך לבא בלבעה ולפימ"ש שאני חשש ממזרות לממזר ודאי א"ר וכל שיש מקום לתלות על צד המיעוט ל"ח ממזר ודאי משא"כ בדיני נפשות אזלינן אחר רוב אפילו ברובא דליתא קמן כדאיתא בתוספת ר"פ המניח כ"ז ע"ב בד"ה קמ"ל.

ויל"ע דבפי' ע"י שם פריך מ"ט אסופי פסול הא איכא פנויה ואיכא נמי דמחנות רעבון נהי דאיכא נמי מאריקות ושהלך בעליהן למדה"י והוה פלגא ופלגא והתורה אמרה ממזר ודאי ל"י ולא ספק ומשני מעלה עשו ביוחסין עיי"ש ולאס"ז הכ"ל אפילו רובא לפסול, ג"כ מה"ת מותר דל"ח ממזר ודאי ולמה ל"ל דהוה פלגא ופלגא וי"ל דלאלומי לקושיא אמר כן ועוד י"ל לפימ"ש תוס' בזבחים פ"ח בד"ה רב כיון דכ"כ התיר רחמנא אפילו חד בחד אין לרבנן להחמיר עכ"פ ברוב עיי"ש לכן ה"כ נהי דתורה התירה אפילו ברוב לפסול מ"מ י"ל רבנן אסרו כמה איסורי דרבנן וכן בכל הספקות דלרמב"ם מותר מה"ת ואסרו חכמים אבל כיון דהוה פלגא ופלגא אין ראוי לאסור מדרבנן מה דתורה התירה אפילו ברוב לפסול ומשני דמעלה עשו ביוחסין גם כה"ג.

אם ראו בה דבר מכוער ל"א דאשתהי כ"כ וחיישינן ליה מדכתב וחיישינן משמע דאיכו רק ספק ממזר דאף דהוי תרתי לריעותא מ"מ איכו ודאי וכה"ג כתב תב"ש בסימן ל"ז סק"ג דכל היכא דאיכא תר"ל ילאה מחזקתה וטרפה מדאורייתא מספק וכ"ש כאן דרק ממזר ודאי אסרה תורה אף דע"י תר"ל רגל"ד נוטה יותר לאיסורא מ"מ ודאי לא הוי וכמ"ש לעיל דגם רוב ל"ה ודאי ולכן הכא דרק ממזר ודאי אסור מה"ת איכו רק פסול מדרבנן וכ"מ כשיש לספק שמא מעכו"ס נתעברה הוי ספק דרבנן וכשר ותשובת מיימני אף דמיירי התם דהכיעור היתה מעכו"ס אקר משום דהשאלה היתה רק לענין האשה אם אסורה לבעלה ואף דאמר התם כיון שיש עדים שראו דבר מכוער וילדה לסוף יב"ח בהא ודאי לא אכשר רבא תוספאה היינו מטעם דאשתהי לבד לא הכשר אבל אם יש עוד ספק לא מיירי רבא תוספאה ועוד דמביא שם לשון הש"ס עובדא דרבא תוספאה באשה שהלך בעלה למדה"י ואכשרה עד יב"ח לא כמו שהוא לפנינו בש"ס ואכשריה וכן כמ"י בפרק הערל הביא לשון הש"ס ואכשרה וקאי על הכשר האשה וכן הוא בב"י ק"ס קע"ח.

והה"מ פט"ו מהא"ב הי"א כתב אהא דכתב שם הרמב"ם דכאמנת הזונה לומר בן כשר הוא אף דרוב העיר שזנתה בה פסולים ואם אמרה לממזר נבעלתי הוי ספק ממזר משום דלהכשיר ד"ת אין אנו צריכין לה דמדינא ל"ה אלא ספק ממזר דמותר גמור מה"ת לבא בקהל אלא דרבנן גזרו עליהן והאמנוה בשל דבריהם אבל לפסול כיון דמדאורייתא מותר לבא בקהל ואסור בממזרת ודאית ואם היו מאמינים אותה ומתירין אותו בממזרת ודאי היו מקילין בשל תורה ולא נתנה תורה כאמנת אלא לאב עכ"ל נראה מדבריו אף ברוב פסולים דמיירי הרמב"ם והיינו אפילו ממזרים מ"מ מותר גמור מה"ת לבא בקהל וזה כמו שכתבתי דגם רוב איכו ודאי אבל לל"ע מ"ש הה"מ דאם היו מאמינים לה לפסול ומתירין אותו בממזרת ודאי היו מקילין בשל תורה והא כמו דדרשינן בפעי' דף ע"ג ממזר ודאי לא יבא אבל ספק יבא ה"כ דרשינן בקהל ודאי ל"י ולא בקהל ספק ואדרבה מקהל ילפינן כמבואר שם בתוס' וכיון דהוי ספק ממזר מותר מה"ת בממזרת ודאי שו"ר דב"ש לקמן סכ"ו תמה ועיי"ש ב"מ.

סוף סיון עב"ש סקי"ט קשה עד דברי תוס' א"א ליישב בזה ולענ"ד אפשר לומר ונדאמר הש"ס שיפורא גריס ולא אמרו דהחדשים גורמין או מולד לבנה ש"מ דוקא שיפורא שהב"ד תוקעין לקדש החדש דבשניתנה תורה לישראל ונאמר החדש הזה לכם ואתם אפילו מוטעין והרבה גופי תורה תלוין בקידוש החדש אזי שיעבד הבורא את הטבע לב"ד וכאשר יגזרו שהוא ר"ח וימנה חדש שני לחדש שלפניו כן יעשה נמי הטבע וע"ד שאחז"ל ע"פ לאל גומר עלי בתילים כ"ז בת ג"ש ויוס אחד אם נמלכו ב"ד לעבר בתוליה חוזרין וא"ל אין חוזרין ועיין בירושלמי פ"ק דר"ה ס"י"ב ביפה מראה ולכן קודם מתן תורה פריך הש"ס שפיר דשרה איך ילדה בששה חדשים דלפי הטבע צריך ששה חדשים וקלת מחדש שביעי והמכין מתחיל מתחלת העיבור להיות חדשים שלימין וכיון דבחג נתעברה לא כשלם חדש עד אמלע חשון דלא היה כ"מ אז לדיני תורה לומר תחלת חשון נמנה לחדש שני ובפירש רמב"ן עה"ת בפ' אמור הביא מחכמי הגרפתים דלפני מתן תורה אפילו האבות היה להם דין ב"נ והצרפתים הן בעלי התוס' לכן ה"כ ש"ל דלא ילדה שרה עד אחר ששה חדשים שלימין ומקלת מחדש שביעי כי כן לפי הטבע לפני מתן תורה ולרמב"ן שם דמן ברית בין הבתרים היה לאבות דין ישראל מ"מ אפשר כיון דעדיין לא נאמר החדש הזה לכם לא נמסר בידו קידוש החדש או דלרמב"ן אה"כ ל"ל כתיקן הב"ש והאחרונים האריכו דאינה יולדת רק בששה חדשים שלימים ומקלת מחדש השביעי דלא כמהר"י מינץ ובאמת בכונת האריז"ל בשמ"ע ובמ"ח שם מבואר דיולדת לשבעה מקוטעים רק חמשה שלימים וקלת מחדש ראשון וקלת מחדש שביעי ובין כולם ליכא ששה חדשים שלמים כגון מזוג של שמ"ע יולדת בשביעי של פסח עיי"ש.

ובקושית החמ"ח מכתובות דף ל"ע בהא דבעי רבא אם כאנסה ומתה הקנס לאביה או לבנה דפריך הש"ס הא ימי נערות ש"ח ומי מיעברה וילדה בש"ח כ"ל דזה ודאי דשיפורא גרס איכו בדרך הטבע לומר מחמת דב"ד קדשו החדש והא כאלו כבר מעוברת שני חדשים ועיין אבן עזרא פ' שמות על פסוק והלפנהו ג' ירחים ובפרק מקום שנהגו רמי רבא כתיב כי גדול מעל שמים חסדיך וכתיב עד שמים חסדיך כאן לעושים לשמה פירש הר"ן דבעושין לשמה הקב"ה מבטל ומשנה מערכות השמים בשבילו עיי"ש וא"כ הא דבעי רבא אם בנה יורש הקנס ע"כ דנולד ע"י זכות דאם קדם להבעילת אונס של זה הרי אינה בתולה וקרא כתיב בפרשת תלא נערה בתולה ולא בעולה ואם אחר שנאנסה נשאת מיד לאחר וילדה כיון שנשאת הקנס שלה ובנתארסה בעי רבא התם אם הקנס שלה ועכל"ל דהך בעיא דרבא אם נאנסה ומתה אי הקנס לבנה מיירי דילדה בלא קידושין דאל"כ הוי ליה למבעיא תחלה

תחלה אם כאנסה ונתארסה הקנס של מי ואת"ל של אביה אם מתה הקנס של אביה או של בנה וא"כ ע"כ דכולד מזנות ואזי אינו משנה הטבע שבא ממערכת השמים וא"א שיולד בפחות מששה חדשים שלמים ויום אחד ומפרע דלידה ע"י זנות כביכול נגד רצון הקב"ה רק אין הקב"ה משנה הטבע אבל אין עושה למעלה מהטבע דשיפורא גרים למסר לידת הולד זה ודאי למעלה מן הטבע ועיין בפר"י דף כ"ד ע"ב הרי שבא על א"א דין הוא שלא תתעבר אלא עולם כמנהגו נוהג והולך וזה ודאי שיולד בפחות מששה חדשים הוא צד הזרות ואינו מנהגו של עולם רק כדי שלא לתלות בזנות תלינן גם בצד הזרות וכמ"ש הריב"ש סימן קמ"ז משום דאין חושדין בכשרות ואשה מתהפכת ומזנה אבל כיון שאינו מנהגו של עולם למה ישתנה מנהגו של עולם במה דאינו מן הדין שתוליד כלל אלא משום דעולם כמנהגו נוהג וודאי אין חילוק בין פנויה לאשת איש דמ"מ זנות הוא ואינו קרוי מנהג אלא דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים כדאיתא בחו"מ סימן של"ח.

סמ"ך קול כתב החמ"ח סקי"ד ה"ה אם באו עדים שזינתה ונראה דיש חילוק דאם היה בעלה במדה"י קודם שזינתה ונתעברה אחר שנודע שזינתה אזי א"ל רוב בעילות מבעל כיון דאסורה לו מוקמינן ליה בחז"כ ואף דחזינן דמתומד עמה הא בזה אינו עושה איסור כמבואר לקמן סימן קי"ז ועוד כיון דאסורה לו ומאוסה בעיניו כמ"ש תוס' גיטין דף ע"ט והובא בב"ש שם סקי"ח. א"ל רוב בעילות מבעל ואדרבה דכיון דאסורה עליו ומאוסה בעיניו הוי רוב התלוי במעשה דל"ל בזה דממילא ומדקק לה עתוס' יבמות דף קי"ט ותלינן יותר דנתעברה באותו זנות.

פרוצה ביותר חוששין אף לבנים במאירי ספ"ד דסוטה פסק דלממזרות אין שום חשש שאפילו היתה פרוצה ביותר ואינה חוששת שלא לזנות אף בשעת העבור כגון סמוך לטבילתה או סמוך לוסתה מ"מ רוב בעילות אחר הבעל וכ"כ במראה פנים בירושלמי דסוטה פ"א הלכה ז' ואם דש"ע ל"פ כן מ"מ זה מסייע למ"ש הרמ"א דהיא כאמנות וטו"ז הקשה דבפרוצה ביותר יש תרי רובא לפסול חדא דרוב פסולים אצלה שכיח שהיא פרוצה ביותר ורוב בעילותיה מאחרים והיא תמוה דמ"מ ליכא רק חד רוב מאחרים וכן מצאתי שתמה בית מאיר ואפשר משום דאיתא בסוף נדרים מ"ד מים גנובים ימתקו קמ"ל וכתבו ת"י דאמרינן בסנהדרין דניטל טעם ביאה וניתן לע"ע קמ"ל דנואף א"י זה עכ"ל וכ"כ באס"ז שם דכן האמת רק קמ"ל דנואף א"י זה וא"כ אפילו לא היתה פרוצה רק לנואף אחד י"ל רוב בעילות מהנואף נגד הבעל כיון דניתן טעם ביאה לע"ע כבעלת לו יותר מלבעלה ומפרע דחזינן דעכ"ב ומסתמא בעלה אינו מתקבל עליה אלא דאם אינה פרוצה ביותר י"ל אקראי בעלמא מה שנתפתת ויראה ובושה ורוב בעילות מהבעל וגם בזה צ"ל דה"ע דשואל דלא ישא ב"ד ולא ס"ל כאן רוב בעילות מהבעל משום דמים גנובים ימתקו ולחם סתרים ינעם וכיון דיש גם רוב פסולים אצלה מחשיב להו הטו"ז תרי רובי.

ואפשר לומר עוד לפי מה שהוכיח בחו"ד סימן ק"ג דאזלינן בתר רוב מוכרים ואף דמוכר אחד יש לו יותר בשר מכולם כיון דלא פירש ממילא רק הספק איזה איש מכר או נתנו לו הולכין בתר רוב אנשים שנולד עליהן הספק עיי"ש וה"נ הספק איזה איש הוליד ולד זה אזלינן בתר רוב אנשים אפילו אם היה רוב בעילות מהבעל דמ"מ לא נתעברה רק מבעילה אחת והספק מאיזה איש וכיון דחוץ לזה יש עוד רוב בעילות מאחרים חשוב כתרי רובי דכיון דהיכא דאין ספק על האנשים שהביאו ונתנו הולכין אחר רוב לומר מהרוב נפרש וזה יותר חשוב תרי רובא מהא דתרי רובא דפ"ק דכתובות שהביא הטו"ז דרוב העיר ורוב שיעה דהתם שניהם רק רוב אחד רק נראה וניכר יותר וידעתי דיש לחלק וכמ"ש בשו"ת בית אפרים חיו"ד סימן מ"ס להשיג על החו"ד וס"ל להב"א דאם הרבה אנשים אבדו כאן בשר ואחד מהן אבד יותר בשר אזלינן בתר רוב הבשר ומה אכפת לן שהיה בתחלה ביד בני אדם הרבה וה"נ כאן כיון דאחד בעל רוב בעילות מהרוב אנשים יש לילך בתר רוב בעילות אך מ"מ אין תימה על הטו"ז אם ס"ל כהחו"ד ועוד כיון דלפעמים אזלינן בתר רוב אנשים כמו ט' חנויות מוכרת בשר שחוטה ואחת בשר נבלה ויש באותה חנות נבלה יותר מן הט' חנויות דאזלינן בתר המוכרין ולפעמים אזלינן בתר הבשר לא בתר רוב אנשים כגון שמכרו כל החנויות כל בשר שלהם א"כ ה"כ מיחשב תרי רובי דיש רוב פסולין דהיינו רוב האנשים דהספק מאיזה איש נולד ויש ג"כ רוב בעילות מהאחרים לכן חשוב תרי רובי וגם י"ל דס"ל לטו"ז בשני חנויות אזלינן בתר רוב בשר ובט' חנויות בתר רוב מוכרין לכן כאן הוי תרי רובא.

ויש לסייע עוד לדעת הרמ"א ומהרי"ו כיון דהאשה ברשות בעלה כ"ז שלא נתגרשה וברשותו נתעברה י"ל ככנ"ה ובחזקת הבעל הן הולדות וזה נראה מדויק בתוספתא פי"ב דיבמות דתני אשה שיצא עליה ש"ר וולדות כשרין מפני שהן בחזקת הבעל ורש"י ל"כ דודאי רוב בעילות מאחרים רק שמא רוב בעילות מאחרים לכן י"ל שפיר דברי שלה מהני כיון דמסייע לה חזקת ככנ"ה כמו ברי וחזקה דמהני לר"ג בפ"ק דכתובות דף י"ב ומה"ט יש לילך אחר רוב בעילות אחר הבעל אפילו ליטול ירושה אף דאין הולכין בממון אחר הרוב משום דיש כאן רוב וחזקת רשות וכמה נתחבט בחוס"ם סימן ס"י למה סתמו הפוסקים כאן דרוב בעילות אחר הבעל ולא כתבו דלענין ירושה לא מהני רוב זה להוציא ממון ולפימ"ש א"ש ואף דכתבו תוס' בפ' המדיר סוף דף ע"ו ע"ב דגבי מחליף פרה בחמור וילדה לא אזלינן לטיבותא בתר הרשות לומר כיון דלוקח קנה הפרה ישא ודאי הולד שלו עיי"ש שא"ה דשמא ילדה הפרה קודם שקנאה בעל החמור אבל כאן נתעברה האשה כשהוא ברשות בעלה ועוד בא"ס ז שם פירש דברי תוס' משום דנמצא הולד בבית בעל הפרה אוקמינן ליה בבית מאן דאיתיה לומר שלו הוא וא"כ הכא דנמצא באשתו דהוי כנמצא בבית בעלה אמרינן דשלו הוא והכא תרתי לטיבותא דנמצא הזרע ברשותו אמרינן ככנ"ה אבל בעלה דאשתו כגופו.

ועדיין ל"ע מפ' החולץ דף ל"ז דספק בן שבעה לאחרון ספק בן תשע לראשון הוי ספק של מי הוא נימא ודאי של בני דברשותו נמצא וזה קשה ג"כ על הריב"ש שכתב באשה שנשאת ומת בעלה למחר וילדה לשמנה ובי' ימים דל"ח דזינתה כשהיתה פנויה דאמרינן ככנ"ה דא"כ ה"נ נימא בספק

בספק

בספק בן ט' לראשון או בן ז' לאחרון ולדידי י"ל לפימ"ש אחרונים דרוב ילדן לתשע עדיף מרוב עוברין ניכרין לשלים יומיה אבל כשאין מתנגד לרוב י"ל כמו במומין וטרפות ומיתת הפרה אמרינן ברשות שנמלא העובר תולין דממנו הוא בא והוא הגורם. ודאי מזלו גרס כדאיתא בפ' המדיר שם ה"כ ברשות שנמלא העובר תולין דממנו הוא בא והוא הגורם.

חוששין על בניה עב"ם ס"ק כ"ה אם בעלה ישראל אם זנתה במזיד הבנים שתלד אח"כ כשרים לכהונה וכ"ל מ"מ פגומים הם כיון שבאו מביאת איסור דהא נולד ומפוים דלרמב"ם ליכא איסור דאורייתא ומ"מ פגום כדאיתא בהזורק ע"ט ע"ב בגט ישן ודף כ"ו ע"ב ובזה מתורן קושית פנ"י בקידושין דף פ"א בהא דא"א אין מלקין על היחוד משום לעז הבנים למה לא חילק דבאין לה בנים מלקין כמו בנטען על א"א ביבמות דף כ"ד ע"ב דאם כנס יוציא אם אין לה בנים ונדחק מאד ולפימ"ש לק"מ דהתם אין חשש על בנים שאח"כ דהא אסור לדור עמה משא"כ הכא דאין אוסרין א"א על בעלה מפני יחוד ותלד אח"כ וחוששין לפגם כמו בגט ישן ובדף כ"ו ע"ב שם סו"ר ברדב"ז ח"ג סימן תפ"א שכ"כ דיש חשש לעז על בנים שתלד אח"כ.

כמ"ז קודם שנרשה השני בחמ"ח והגפ"ר השיגו מתוס' והראשון הוא ממזר אפילו אחר גירושי השני ובירושלמי מבואר דל"ה ממזר ולשון הירושלמי הולד ממזר מזה ומזה ניחא משני למה ממזר מראשון ר' בא בשם ר' זעירא דרע"ק הוא דאמר הבא על סוטתו ומחזיר גרושתו משנשאת הולד ממזר ר"י בשם ר' הילא ד"ה הולד כשר כגיטה כן ממזרה מכ"מ נתן לה השני גט ואח"כ בא עליה הראשון ע"ד דר"י בשם ר"ה ד"ה הולד כשר והקשה מה"פ דטובא א"ב דלמאן דמוקי כרע"ק הולד ממזר מה"ת ולכן הגיה בירושלמי ולא דק דגם לרע"ק הבא על סוטתו הולד ממזר מה"ת משום דהוי חייבי לאוין ודוקא זינתה במזיד וכאן הא שגגה דאמרו לה מת בעלך ומותר בעלה ישראל לדור עמה כדלקמן סימן קע"ח ס"ג בהג"ה וכאן קנס דרבנן כעשותה כמזידה כי היכא דתידוק ולר"י בשם ר"ה כגיטה כן ממזירה כמו דהלריכוה גט דעשאוה חכמים כא"א כן עשו הולד ממזר מראשון כ"ז שלא נתגרשה משני אבל כשנתגרשה גם לרע"ק הולד כשר כיון דשוגגת הוא.

והא דאמר ר"ה ד"ה הולד כשר הא מדאורייתא גם לר"ז לד"ה הולד כשר ומדרבנן לבד ממזר הייכו דמטעם סוטתו ומחזיר גרושתו ד"ה הולד כשר דגם לרע"ק לא גזרו מה"ט וכ"מ נולד מראשון לאחר גירושי שני ובזה א"ש דמכ"ל לירושלמי לעשות כ"מ זה דשמא גם לר"ה הולד ממזר אחר גירושי שני לרע"ק משום סוטתו ומחזיר גרושתו ועוד בלא"ה כ"מ דלר"ה גם לדידן דלא קי"ל כרע"ק הולד ממזר אלא דירושלמי הרגים איך אמר ר"ה ד"ה הולד כשר הא מדאורייתא גם לר"ז כשר אפילו לרע"ק ומדרבנן גם לר"ה פסול אע"כ דר"ה בא לומר ד"ה הולד כשר אחר גירושי שני ומשום דלא קנסוה רק לבטל מעשיה כמו דקנסוה ליקח גט משני כן עשו הולד מראשון ממזר משום דלא ביטלה מעשיה ע"י גט משני.

אך מה דאמר ר"ה ד"ה הולד כשר קאי על מה דאר"ז דלרע"ק הבא על סוטתו הולד ממזר דיל"ד סדא היכן אמר רע"ק הכי ואדרבה אביי בבבלי יבמות דף מ"ט אמר דרע"ק מודה בבא על הסוטה אין הולד ממזר ועוד למה נקט ר"ז המחזיר גרושתו משנשאת הולד ממזר דהא הכא לא גרשה השני עדיין וגם ראשון לא גרשה וליכא רק משום דבא על סוטתו אע"כ דר"ז הוכיח כמו דארע"ק המחזיר גרושתו משנשאת הולד ממזר כדאיתא ביבמות במשנה בפרק החולץ דף נ"ד ה"כ הבא על סוטתו דאידי ואידי לאו חייבי לאוין דשאר ככהו כדפרש"י בפרק החולץ דף מ"ט ריש ע"ב ובהלך בעלה ממדה"י ונשאת אף דשוגגת היא עשאוה רבנן כמזידה דה"ל לדייק ועל זה אר"י אר"ה דהכל מודים בבא על סוטתו הולד כשר וכאביי דאמר הכי בהחולץ דף מ"ט וכן לר"ת בהחולץ דף מ"ט בתוספת ד"ה הכל דמחזיר גרושתו וסוטה הוו חייבי לאוין דשאר שאינם אוסרים אלא משום איסות א"ש נמי דר"ז הוכיח כמו דארע"ק במחזיר גרושתו דהולד ממזר משום דהאיסור משום איסות חשוב ח"ל דשאר ה"כ בסוטתו.

ובירושלמי ר"פ האשה שהלך אמר ר' הילא הא דלריכה גט משני כדי לברר איסורו של ראשון ופירש הכ"י ביבמות שם דר"ל שעושין קיום לקידושי שני כדי לאוסרה על הראשון ולעשות הולד ממנו ממזר קודם גירושי שני עכ"ל ותמהני הא ר' הילא עלמו אמר שם דלפיכך הולד מראשון ממזר כגיטה כך ממזירה הרי דתלה טעם ממזירות בגיטה ואיך תלה הר"ן טעם הגט כדי לעשות הולד ממנו ממזר וכוונת הירושלמי כמו שגזרו שלריכה גט משני כדי לברר איסורו של ראשון ה"כ מה"ט עשו בן הראשון ממזר והכל מחד טעם דחיזקו איסורו של ראשון לכן עשו קיום לקידושי שני ועדיין ל"ע כמו דגם אחר גירושי שני אסורה לראשון למה לא יהא נמי ממזר מראשון לאחר גירושי שני לרע"ק דמחזיר גרושתו משנשאת הולד ממזר ול"ל דמה דאמר ע"ד דר"י אמר ר' הילא ד"ה הולד כשר אין הכונה לד"ה כשר הולד אלא ד"ה פירושו לר"ה דמוקי מתניתין ד"ה ולא משום מחזיר סוטתו ואליבא דרע"ק הולד כשר לדידן דלא קי"ל כרע"ק דלא ל"ל דסתם משנה כותיה והק"ע כדחק מאד והפ"מ הגם דפירש ד"ה אלמעלה ומ"מ כדחק.

ובהי' רמב"ן ביבמות דף פ"ט ז"ל רישא דעבדה איסורא קנסוה רבנן פירש משום תק"ע כדלעיל והלריכו גט כדי להוליא עליה קול שיאמרו גירש זה ונשא זה ותהא לראשון כאלו מחזיר גרושתו מן הנשואים כדי לברר איסורו של ראשון עכ"ל פירש לפיכך קנסוה רבנן להחמיר עליה משום דכל מה דהקילו עליה להנשא עפ"י ע"א אינו מן הדין רק משום תק"ע סמכו על דמתוך חומר שהחמרת עליה בסוף דייקא וונסבה כדאיתא שם בריש הפרק לכן הוכרחו להחמיר עליה בסוף והחומר הוא מה דאסרוה על הראשון וקיום האיסור ע"י שלריכה גט משני ע"ז ילא קול שיאמרו גירש ראשון ונשאה שני ולכן לא אמר הש"ס אלא דלא חזר ממה דאמר תחלה הטעם דיאמרו גירש זה ונשא זה ומה"ט אם ילדה מראשון לפני גירושי שני הולד ממזר דהוי כמחזיר גרושתו מן הנשואין שני טרם שגרשה השני דהוי כא"א אבל אחר שגרשה שני הא קי"ל המחזיר גרושתו אין הולד ממזר וכן מה"ט אסורה לראשון ואף לאחר שקבלה גט מהשני דלא כמראה הפנים שכתב דמשמע מהרמב"ן דולד מראשון ממזר גם אחר גירושי שני.

ומה שפרשו הא כדי לברר איסורו של ראשון דחוק מאד דמה הלריכו לעשות קיום לקידושי שני כדי לאוסרה על הראשון או כדי שיאמרו גירש ראשון ונשא

וכמא שכי דמי יאמר לחכז״ל מה תעשו אם בלאו הכהו טעמי יאסרוה על הראשון משום קנס ולולא דבריהם י״ל כיון דא״א להתירה עפ״י ע״א רק משום חומר שהחמרת עליה בסופה דייקה שפיר והחומר היא שאסרוה על הראשון ואם ל״ל גט משכי אף דלא יחזירנה ראשון י״ל משום דלא מתדרי להו ואם כי שאל הבעל למוריה ואסר לו לית לזה קול לכן הלריכוה גט משכי דאוושא מלתא סופר ועדים וב״ד וקלא אית ליה וממילא תדע שנאסרה לראשון דאסור להחזיר גרושתו אחר שגרשה שני והיינו כדי לברר איסורו של ראשון שתדע בבירור ועכ״פ מוסיף קול.

ומתוך מ״ש י״ל קושית הב״ש על החמ״ח דמכ״ל לתוספת דפשוט יותר דמראשון ממזר גם אחר גירושי שני עיי״ש ונראה דתוספת ריש זבחים ב׳ ע״ב כתבו דזנתה אם ירצה הבעל שלא לגרשה לא יגרשנה אלא שלא תשמשנו ול״ל אף דקי״ל היכא דזה נהנה וזה לא חסר כופין עמ״ש וכיון שזנתה אסורה עליו והאשה חסרה שא״י להנשא לאחרים דדוקא גבי ממון י״ל כן דהפקר ב״ד הפקר אבל לכופו על הגט הוי גט מעושה ואף דמעשינן לפסולות כדאיתא בש״ס המדיר כבר כתבו הפיסקים דאין לנו רק שמפורש בש״ס לכוף כיון דהוי גט מעושה ועיין בה״ע לקמן סי״ז ס״ק קס״ב אך כאן דתלא משכי בגט כדי לאסרה על בעל ראשון וא״כ ל״ל אם נכופו יהא גט מעושה דהא מדינא א״ל גט כלל רק שתהא כראית כגרושה ואם יגרש ע״י כפיה סגי לזה וודאי כופין עמ״ש כיון דבלא״ה אינה אשתו כלל וגם הוא לא גרמה העיכוב דבלא״ה היתה אסורה עליו.

והנה בירושלמי אמר כגיטה כך ממזירה ואם כן מה דהולד ממזר מראשון לחזק איסורה מראשון דשמא לא תחוש מה שתהא נאסרת מדרבנן על הראשון דאסורא דרבנן כולהו אנשי לא זהירי ביה כמ״ש הה״מ פ״א מהלכות איסות ועיין בעין זוכר אות א׳ ס״ק עין ולהכי גזרו שיהא הולד ממזר ותחוש יותר וא״כ אף לאחר שגרשה השני ע״כ הולד מראשון ממזר דאל״כ עדיין לא תחוש כיון דכופין את השני לגרשה מש״כ לעשות הולד ממזר משני לאחר גירושי ראשון אין צורך דבלא״ה קודם שיגרשה הראשון הולד מהשני ממזר והסורה לו מדאורייתא אמת״ל כשיצא מנדה״י כופין אותו מ״מ הבהא כשנשאת לשני אינו כאן אבל מה דממזר מן הראשון משום קנס ע״כ היינו אחר גט של שני דאל״כ ליכא קנס כיון דמיד דבא הראשון כופין לשני לגרשה ומה״ט כ״ל מה שכתב הנמ״י ר״פ האשה שהלך התלה דמה דלריכה גט משני משום קנס כדי לענשה שלא תנשא בלא גט וא״כ חזר בו הנמ״י וכתב טעם אחר וכתב דהוא הנכון משום דודאי כופין השני מיד לגרשה וליכא עיגון ורא״ות התוספת כיון דתנן הולד ממזר מזה ומזה משמע דשוין וכמו דמראשון ממזר גם אחר גט משני ה״נ משני אחר גט מראשון או משום כי היכא דקנסוה לגבי בעל קנסוה לגבי בועל כמ״ש תוספת שם דף ל״ב ע״ב והובא בטו״ז כאן ולפ״ז י״ל דלא תקשי על ר״י מהירושלמי דר״י אזיל בתר ש״ס בבלי דמשום דעבדה איסורא קנסוה רבנן להלריכה גט משני וכן מה״ט הולד ממזר מראשון והקנס ע״כ אחר גט השני וכמ״ש אבל ירושלמי אמר הטעם דלריכה גט משני כדי לברר איסורו של ראשון וכגיטה ממזירה דע״י גט משני וממזירה מראשון תדע שאסורה לחזור לראשון דהוי כתפסי בה קידושי השני וזה שייך רק טרם שנתן לה השני גט לכן אמר הירושלמי דולד מראשון לאחר שגרשה השני כשר ומה דהוי קנס מה דלריכה גט משני אף דכופין אותו מיד לגרש ס״ל לר״י כמ״ש הרמב״ן הנ״ל או כמ״ש הנ״י דבאמת אין הגט מלד עלמו קנס אלא דע״ז נאסרה לראשון לעולם כמו דאסור להחזיר גרושתו אחר שנשאת לאחר וגרשה השני אך מ״ש רמב״ן וכנ״י דזה כוונת הירושלמי דלריכה גט כדי לברר איסורו של ראשון לא ניחא לר״י דהל״ל רק כדי לאסור על הראשון להכ״י וכ״ש לפירש רמב״ן מה זו בירור כיון דאינו רק להטעות העולם שיאמרו גירש זה ונשא זה א״ו היינו שתדע בבירור וכמ״ש וכגיטה ממזירה גם כן שע״ז תדע בבירור דאסורה לראשון קודם גט של שני כמו א״א וש״ס בבלי דאמר הטעם דקנסוה רבנן ולא אמר לברר איסורו של ראשון לא ס״ל ה״ע.

וביות מאיר הקשה דאיך אפשר דאחר גירושי הב׳ יהא ממזר משום קנס דמ״ש מיבמה שנתייבמה בטעות דקי״ל סימן קכ״ט מדל״ל גט מן השני דמותרת להאחד ובידוע שהבנים לא יהיו ממזרים אף דעבדה איסור ולא דקה כו׳ ואף למ״ש בבדה״ב דמשמעות הרי״ף שאסורה להאחד לעולם היינו משום דמשמע להו דליתא לדרב בזה אבל מה דכשמע מרב דל״ה ממזר מהא׳ מה״ת לפלוג עליו עיי״ש וכ״ל דבשלמא כאן דאסרוה על ראשון לעולם והלריכוה גט משני כדי שתהא כמחזיר גרושתו אחר שנשאת ויאמרו גרש זה ונשאה זה לכן שפיר יש לעשות הולד גם אח״כ ממזר כיון דאסורה עליו לא מחזי כחוכא אבל יבמה שנתייבמה בטעות דא״א לאסרה על ראשון משום דלא אפשר להלריכה גט דל״ל גירש זה ונשאה זה וכדאי׳ ברא״ש ופרש״י שם בדף ל״ד ע״ב וא״כ אם מותרת לראשון איך יגזרו על הולד שיהא ממזר וליהוי מילי דרבנן כי חוכא וכדאיתא כה״ג ק״פ הדר ומהכא גופא מוכח כן מדלא רלו לגזור איסור על ראשון רק ע״י שהלריכוה גט משני וכמ״ש רמב״ן וכמ״י ע״כ כדי שלא יהא מילי דרבנן כי חוכא ולרי״ף דאסורה על האחד לעולם א״כ דהולד ממזר כיון דלית לן דרב דמותרת על האחד וממילא גם בזה לית לן דהא תליא בהא ומ״מ כ״ל כיון דבירושלמי מפורש להיתר ובש״ס לא מבואר להיפך וגם בדעת ר״י שבתוספת אינו מוכרח כהחמ״ח וכל הפלפול לענין קנס דרבנן ודאי דהכי נקטינן.

בי״ן אסור בשפחה הקשה ב״ש למה ממזר מותר בשפחה דמשום תקנת הבנים ל״ג בו הכמים וזה אסור בשפחה ויש״עי״ק סק״ז הקשה למה ח״ע והב״ח כופין את רבו לשחררו למה לא התירו לישא שפחה משום תקנת עלמו וכ״ל כהי דמשום תקנת עלמו או תקנת הבנים לא היו גוזרין איסור לישא שפחה מ״מ מאחר שגזרו בבן חורין כשר תו לא פלוג ואיתא בר״ן בשבת בר״פ שואל דבתרי מיני ל״א ל״פ הוצא בי״מ וה״כ פסול וכשר הוי תרי מינים כמ״ש הר״ן בנדרים דף כ״ב דאיסור והיתר הוי מין בא״ת וה״כ לא גזרו בממזר משום ל״פ אטו כשר אך חליו ב״ח וכאן חליו כשר אותו חלי הוי חד מין עם שאר כשר ול״פ.

בברכ״י הקשה על רדב״ז מ״א סימן פק״ח והרע אברהם שכתבו דספק ממזר מותר בשפחה והא הכא הוי רק ספק ממזר דשמא אין קידושין תופסין בח״ע וחב״ח כדלקמן סימן מ״ד עיי״ש ולא ידענא מהק״ל דהא כאן אותו ולד חליו ודאי כשר דבא מחליו עבד דקי״ל עבד הבא עב״י הולד כשר

רק לא ממזרות שבאותו ולא הוי ספק ולפיכך אסור בשפחה משום חליו דודאי כשר.

ועוד נראה דדוקא בספק במציאות אבל אם הספק מחמת בעילה דלא איפשטא אסור בשפחה דכיון דאפשר למפשט חשוב ספק חסרון חכמה וכ״ה ספק וכמ״ש מכ״י כלל א׳ סק״ו וכאן מה דהוי ספק ממזר מחמת איבעיא דלא אפשטא בב״ק אם ח״ע וחב״ח שקידש ישראלית תפסי קידושין.

ובשעה״מ פ״ט מהא״ב הביא דברי רשב״א ור״ן פע״י דספק ממזר אסור בשפחה עיי״ש וודאי מזה סתירה למ״ש רדב״ז דאפילו לפוסקים דישראל אסור בשפחה ד״ת וספקא דאורייתא מה״ת אסור מ״מ מותר ספק ממזר בשפחה אבל מ״ש הרדב״ז שם דאם ספקא דאורייתא מה״ת מותר ה״נ מותר ספק ממזר בשפחה דמשום תקנת הולדות לא גזרו לזה ליכא סתירה מרשב״א ור״ן דהלא המה מכת הסוברים דספקא דאורייתא מה״ת אסור וכדאיתא בתה״ה ובח״ר ור״ן בקידושין וגם ס״ל ישראל אסור בשפחה ד״ת כדאיתא בדבריהם בסוף פ״ג דקידושין ולקושיתם בר״פ ע״י דמזה הולידו דספק ממזר אסור בשפחה בלא״ה יש תירוצים אחרים בריטב״א ומהרי״ט ופנ״י ואם כן לדידן הוי ק״ק שמא ישראל מותר בשפחה מה״ת רק מדרבנן אסור וא״כ משום תקנת הולדות לא גזרו אף בספק ואת״ל מדאורייתא אסור ישראל בשפחה מ״מ בספק ממזר שמא ספקא דאורייתי רק מדרבנן אסור וכאן משום תקנת הולד לא אסרו.

ועוד די״ל קושית השעה״מ דכל טעמו של רדב״ז מבואר שם אף לפוסקים דישראל אסור בשפחה מה״ת וספקא דאורייתא מה״ת אסור מ״מ ראו חכמים להתיר ספק ממזר בשפחה לעשותו כודאי ממזר משום תקנתו כאשר עשתה אותה תורה ודאי ממזר להתירו בממזרת את״ד ולכאורה יש לדחות דדלמא עשתה אותו תורה כודאי ממזר משום לא תהו בראה ומשום תקנתו דאם לא יהא רשאי ליבא ממזרת רק גיורת ומשוחררת אולי לא ירצו להנבא לו דלא ליפגם זרעייהו דהא בספד״א מבואר דגיורת מותרת להנשא מיד וא״ל להמתין ג״ח משום הבחנה דכיון דדעתה לאיגיורי מנטרה נפשה כדי להבחין בין זרע שנזרעה בקדושה ובין זרע שנזרע שלא בקדושה ומשומשת במוך וכן שפחה דשמעה מגרה ומנטרה נפשה וה״נ אבל אהר שמותר ספק ממזר בממזרת ובספק ממזרת הו א״ל להתיר לו שפחה אך אכן דקי״ל כר״א בפע״י שם דספקן בודאן ובספקן אסור א״כ יש להתיר לו שפחה כדי שיהא מצוי לו אשה דשפחה הולד כמותה ולא תיפגם זרעה אבל גיורת ומשוחררת דפוגמת זרעה דהולד הולך אחריו אינו מצוי שתנשא לו אך רשב״א ור״ן דקאי התם על ת״ק דר״פ ע״י דס״ל ודאן בספקן וספקן בספקן מותר א״כ מצוי לספק ממזר ודאי ממזרת או ספק ממזרת דלא יפגמו זרעייהו יותר דגם כשתנשא לגר ומשוחרר הולד הולך אחר הפגום כדאיתא בסמוך סכ״ב ואין ללמוד קולא מדהקילה תורה בספק ממזר ליקח ממזרת והא דמותר ממזר בשפחה משום דלא אסרה תורה רק שלא יקדם וזה בלא״ה בא מטיפה אסורה כמ״ש ר״ת ורשב״א ור״ן ובזה א״ש מה דנראה מדברי רדב״ז דספק ממזר אסור בשפחה מה״ת רק חכמים ראו להתיר ואיך אם כן למדו דבר זה מה״ת כיון דמה״ת אסור אף דהקילה תורה בספק ממזר ליקח ודאי ממזרת ולפימ״ש א״ש דבשלמא מה״ת דספק ממזר התירה התורה בממזרת א״ל להתירו בשפחה אך אחר שאסרו חכמים ספקן בודאן ובספקן הדר הדין דראוי להתיר בשפחה כמו דהתירו תורה בממזרת.

סכ״ג גר שנשא ב״י הולד ישראל לכ״ד ואסור בממזרת כתב הה״מ פע״ו מהא״ב ה״ט דזה פשוט דלא גרע הבן מעכו״ם הבא עב״י שהולד כשר ואסור בממזרת והשע״מ תמה איך פשוט ורש״י בפרק הבע״י דף כ״ז דפ״ד מותר בה דאינה קרויה קהל עיי״ש וכן הב״מ ויש״ע״ק הוכיחו מפרש״י הללו דמותר בממזרת ולע״ד אין ראיה לפימ״ש בר״ש הסימן ס״ה דנכרי הבא עב״י יש בולד חלק נכרי וחלק ישראל וחשוב ספק וכמו דאמר בפ״ב דכריתות מ״ה דחליה שפחה וחב״ח ל״ח שפחה ודאית עיי״ש שהוכחתי שכ״ד רש״י וה״נ אם בנכרי הבא עב״י יש בולד חלק מנכרי ומישראל כן בגר הבא עב״י להה״מ דלא גרע וחשוב קהל ספק ומבואר ברמב״ס רפט״ו מהא״ב דפ״ד מותר בספקות דל״ח קהל כ״ש בזה דבא מעורב מגר ומבת ישראל דל״ח קהל ודאי ועיין מהר״ע הובא בשע״מ שם דספקות דהתירה תורה אפילו ליקח ישראלית וממזרת ביחד דחשוב כבריה בפ״ע כ״ש זה המעורב וכה״ג כתב הר״ן בשפג״ה וכה״ך יו״ד סימן ל״ב דכל שכה היתר מעורב עם איסור חשוב אינו מינו עם היתר אחר אך לענין ליסא ממזרת דקי״ל ודאי בספקן אסור וספקן בודאן דחכמים גזרו משום מעלת יוחסין ה״נ ולד זה אסור בממזרת וכן מה שכתבו דדעת המורה שהביא רש״י שם דפ״ד אסור בולד הבא מגר וב״י כדעת הרמב״ס אינו מוכרח די״ל כיון דדרשינן בקידושין דף ע״ג מיותרא דקהל דרק קהל ודאי אסר רחמנא ה״נ זה שבא מגר וב״י אינו קהל ודאי אך יתורא דקהל הן בחומשה קהל דכתובי בפסול יוחסין ולא קהל דכתיב גבי פצ״ד כדאיתא בירושלמי הובא בגליון הש״ס בקידושין סוף דף ע״ב ב׳ א״כ גבי פ״ד דקהל ואפילו מקלת קהל וכמו דקי״ל כרבנן בפרק הו״ב דף פ׳ שם ואפילו מקלת שם אבל ליסא ממזרת י״ל מדאורייתא שרי דל״ח קהל ודאי וגם רבנן אפשר לא גזרו רק בספק ממזר דהספק שמא הוא לגמרי ממזר או לגמרי אינו ממזר וכמו שאסרו בכל איסורין הספקות משא״כ זה שמעורב דאי אפשר להיות קהל ודאי לעולם ולכן אין ראיה להר״ן דחולק ארמב״ס לא מפרש״י ואין סתירה מפירש המורה ולכן לא הזכירו הר״ן והה״מ וב״י דברי רש״י והמורה גם מ״ש החמ״ח דדעת התוספת בפע״י דף ע״ד ע״ב בד״ה והרי גר דגר שנשא ב״י הולד מותר בממזרת אינו ראיה דתוספת קאי התם לת״ק דמתיר הספקות בודאן וגם אין ראיה מהש״ס לרמב״ס מדלא מקשה והרי גר שנשא ב״י דהולד הולך אחר הזכר והב״מ הוסיף לחזק ראית החמ״ח דאלו לתוס׳ ישאר הקושיא וליתנייהו בהדיא כהנת לויה וישראלית שנשאת לכהן לוי וישראל וגר ובזה ל״ש משום דלא מתני ליה עיי״ש דיש לומר דגר שנשא ישראלית הולד מעורב מגר וישראלית וא״א למיתנייה עם אינך דהולד הולך רק אחר הזכר ולפי מה שכתבתי י״ל גם למסקנא דקי״ל כר״א דספקות אסורין מדרבנן הייכו דוקא ספקות שהוא מחמת חסרון ידיעה איך הוא ואולי יבא אלי׳ או עדים ויבורר לא יהא ספק אבל ולד זה דמעורב דחשוב כבריי׳ בפ״ע ואינו קהל ודאי אפשר לא גזרו ולכן החמ״ח גופא כתב רק דמשמע קצת מהש״ס כרמב״ס ולא כהב״מ דעשאו לראיה גמורה ויל״ד דבפע״י דף ע״ח פליגי ראב״י ור״י בפסוק כ״א בתולה מזרע ישראל דראב״י דרש אפילו גר שנשא ישראלית

ישראלית בתה כשרה לכהונה דהיא מקלת מישראל ורש״י ס״ל דכולה מישראל דוקא בעינן והא קי״ל בפ׳ או״ב שם ואפילו מקלת שה אף דל״כ נשה וכ״ש כאן דכתיב מזרע ול״ל כמ״ש ריטב״א התם הא דרשב״י לא ס״ל ק״ו דר״י דיליף דבת גר זכר כבת חלל זכר משום דרשב״י יליף מקרא מזרע מקלת זרע עיי״ש ולכן לולא דמפורש מזרע הוה רשב״י ג״כ לומד מהק״ו כר״י ור״י מחוות הק״ו מפרש מזרע מכולה ישראל היינו דעיקר יהא מישראל דהיינו האב כפרש״י שם בפרק הבע״י דף כ״ט קי״ל כר״מ בתולה אפילו מקלת בתולה במשמע לולא דכתיב בתוליה וכן בכתובות דף ל״ז ע״ב קי״ל מקלת כסף ככל כסף.

סב״ן אלא ספק בהה״מ ור״ן כדחקו למה להכשיר כאמנת ולא לפסול עב״ם ולפע״ד דס״ל לרמב״ם דע״א כאמן להתיר ולא לאסור וכמ״ש תוס׳ ריש גיטין ב׳ ע״ב בד״ה מידי דהוה והטעם משום דכתיב לא יקום ע״א באיש לכל עון ולכל חטאת משמע רק לחייב ולאסור לא יקום ואח״כ מצאתי בפנ״י שם שכתב כן וכן משמע פשטות הלשון ביו״ד סימן קכ״ז ס״ג ועיין חו״ד שם והכא אף דיש איסור והיתר בעדותה דכשאומרת שהוא ממזר אוסרתו בכשר ומתירתו בממזר וכן להיפך כשאומרת שהוא כשר מ״מ אזלינן בתר רובא דרוב ישראלים אסר ולד זה ינשא לו כשרים הן ומיעוט דמיעוטא ממזרים ופסולים וא״כ כשאומרת שהולד פסול פוסלתו לרוב ישראל ומכשירתו למיעוט פסולים וכן להיפך לכן אזלינן בתר רובא וכשהרוב להכשיר כאמנת וכשהרוב לפסול אינה כאמנת והמיעוט ממילא נגרר אחר הרוב ובתוספת יבמות דף פ״ח בד״ה מידי דהוה נמי כתבו דיותר מהימן ע״א להתיר מלאסור.

עוי״ל כיון דיש איסור להרבות ממזרים כמ״ש ב״ש ס״ק ל״ה א״א מע״ר לומר דכבעלה לממזר אף דעשתה איסור בבעילת פנויה מ״מ כיוצא לא עבדה עוד איסור וכדאיתא בתמורה דף כ״ז ואף דמל״מ פ״י מה״ג הה״י מחלק דדוקא כשהם חלוקים אמרינן אף דעשה שתי איסורים לא כימא שעשה שלשה מכא״כ כשהוא בדבר אחד שבאותו ביאה עשה איסור באותו דבר עצמו בודאי לא כשמר מאיסור אחר הבא מחמת אותה ביאה עיי״ש אינו מוכרח ואדרבה התם בתמורה אמרינן כן כשעשה השני איסורים באותו דיבור שאמר אלו תחת אלו מ״מ תלינן שלא נתכוין באותו דיבור עוד לאיסור שלישי ומה לי שהגופים חלוקים או לא וגם כ״מ לקברה בין רשעים גמורים דיותר רשע כשעשה דבר שיש בו שני איסורים משעבר על איסור אחד י״ל אאמע״ר ולפ״ז דוקא כשידעה שהוא ממזר וכדמשמע מלשון הרמב״ם והמחבר שהביא בב״י טעמו של הה״מ ור״ן לכן כתב לרבותא ואנו מכירים והאשה אי׳ מ״מ א״כ.

ועוי״ל לדעת ראב״ד בהשגות רפט״ו מהא״ב וחכמי לוניל דלאו דלא יבא ממזר הוא אפילו בביאה בלא קידושין א״כ כשאומרת שנבעלה לממזר לפי דבריה חשודה לא״ד ואינה כאמנת להכשיר ולדה לממזר וכדאר״י בפ״ק דסנהדרין פלוני רבעני לרצוני א״כ דלפי דבריו רשע הוא ותורה אמרה א״ת רשע עד ופ״ד ל״פ כאן עיי״ש דף ט״ת ע״ב בתוס׳ ד״ה לרצונו ולומר דאנוסה היתה להכשיר עצמה אינה כאמנת כדאיתא בחו״מ סימן ל״ד ס״ה בהג״ה וכראה מה״ע כתב המחבר ואנו מכירים דמשמע שהאשה אי׳ ושינה מלשון הרמב״ם עיין פ״ת דקמ״ל אף דלפי דבריה אינה חשודה א״כ דבב״י הביא טעמו של הה״מ ור״ן ומשא״כ להרמב״ם דאפילו ידעה אינה חשודה ליכא רבותא וכ״י ופנ״י תרלו דמשום חזקת היתר כאמנת והקשה בית מאיר דא״כ למה כאמנת א״א לומר מנכרי נתעברה כמבואר ברמב״ם פט״ו מהא״ב ה״ט ואח״כ כתב היולא מזה דלהרשב״א והריטב״א דאזלו בשיטת הכ״י ל״ע רב אם מודים בדינא דרמב״ם בא״א האומרת מא״י נתעברה ואף אי כימא דמודים לטעם הה״מ דבר״כ או מע״מ כאמנת בלא לירוף החזקה וברי״פ הוא דס״ל לטעם הכ״י מ״מ כ״מ בעיר שרובה ישראלים דר״פ אללה דאז לשטתייהו בלא עדותה הוא ממזר ודאי ולירוף חזקה לית לה עכ״ל והנה כבר כתבתי לעיל ס״ד דגם רוב פסולין ל״ח ממזר ודאי ומפרש לריטב״א דכ״כ בפירש בפ״ק דב״מ גבי עשירי ודאי דגם אם י״ל מרובא פרים ל״ח עשירי ודאי שו״ר דגם ב״מ מסיק כן וכ״כ ישעי״ק אמכס בלא״כ כראה דרוב ישראלים ל״ח רוב כגד עכו״ם לפיו״ש תוספת ביבמות דף קי״ט דתשמים דבעל עם אשתו ל״ח רובא דתלי במעשה דממילא מזדקק לאשתו מבואר דזכות שאינו עם אשתו חשוב תלי במעשה וכ״כ אחרונים וכן כראה לפיו״ש הרמב״ם בספ״ב מה״ג גבי גט מעושה דמכין אותו עד שיאמר רולה אני כיון דמלוה לגרש ל״ח אנוס דאדרבה הוא אנס עלמו לעבור כיון דישראל הוא אין רלונו לעשות עבירה רק ילרו תקפו עיי״ש א״כ תלי במעשה שיתקפנו ילרו וכהי דחזינן דהאשה זכתה מ״מ לא כימא דזכתה עם ישראל אף דהמה רוב דאלל ישראל תלי במעשה דלא יעבור אם לא יתקפנו ילרו ומבואר בבכורות דף כף דרובא דתלי במעשה ל״ח רוב וא״כ בליכא רוב ישראלים הוי מחלה עכו״ם כרוב דאללם אינו תלוי במעשה לכן אפילו בלאו חז״ה כאמנת דמעכו״ם כתעברה ולהה״מ דכאמנת משום דבלא״ה ספק ממזר כשר מה״ת ה״כ אפילו ברוב ישראלים כיון דלא עדיף ממיעוט עכו״ם הוי כמע״מ.

עוד כראה דמס״ה הקילו יותר להאמינה על ולדה דכשר הוא מלהאמינה דממזר הוא דאם כאמינה דכשר הוא וישא ישראלית אף אם הוא ממזר יתהפך באמת לכשר ואפילו היודע אסור לגלות דקי״ל משפחה שכטמעה כטמעה וכדלעיל סימן ב׳ בטוש״ע ואין אליהו עתיד לגלותן אף שכולן יהיו גלויות לפניו כיון דכדבקו בכשרין בלא ידיעה אין איסור כלל דאין בין עוה״ז לימות המשיח לענין זה כלום וכמ״ש הר״ן בקידושין הובא בב״י לעיל סימן ב׳ משא״כ אם הוא כשר וע״י עדותה ישא ממזרת דלעולם לא נהפך לממזר ויש לחוש כמי שיתברר שהוא כשר ועשה איסור.

כך זכתה עם אחר עב״ם סק״ח דמ״מ הקשה דרמב״ם פ״ח מה״ת פסק דתאכל בתרומה ול״ח דזכתה עם אחר ובפ״ג מהלכות יבום וכאן פסק דחיישינן וכראה לענין תרומה כיון דהוא אומרת ברי לי שילדתו מכהן כאמנת לעלמה משא״כ לענין בנה להתירו בממזרת ולענין שתכשא לאחר בלא חלילה לא מהני ברי שלה לאחר וכמבואר בפ״ב דכתובות דכ״ב ע״ב בתרי אומרים מת בעלה ותרי אומרים לא מת דאם כשאת ל״ת דפריך בא״ת קאי ומשני בכשאת לאחד מעדיה ופריך האשה גופה בא״ת קיימא ומשני באומרת ברי לי שמת והא דהתם לכתחלה ל״ת מבואר ברא״ה וריטב״א באס״ז שם משום דתרי ותרי ככהו מה יועיל ברי שלה כגד עדים לכן אין הב״ד עושים מעשה להתירה להכשא או להוליאה.

והא דמייתי רבא בס״פ אלמנה לכ״ג ראיה לענין דאין

דאין הולד ממזר ממשכה דתאכל בתרומה הייכו מדמהכי לעלמה ברי לידה שתאכל בתרומה ע"כ זולת ברי דידה הוי רק ספק דכגד ודאי לא מהכי ברי דידה א"כ ל"ל הולד ודאי ממזר ולפ"ז בזכה עם פכויה וילדה והוא והיא אומרים שהולד ממכו והדר כשאת לו ומת חוללת ולא מתייבמת אף דאהכי ברי שלה לעלמה מ"מ לא מהכי כגד אחר שתכבא לו בלא הלילה וכן משמע מלשון הרמב"ם פ"ג מהלכות יבום ה"ד עיי"ש אח"כ מלאתי שכ"כ כוב"ת חא"ע סימן כ"ז ותלי"ת הוספתי הבלין.

ב"ש סקמ"א דאם הבעה ממכו שיתן מזוכות להולד והוא כופר פטור אפילו משבועה ריב"ש סימן מ"ס מ"א וטעמו כיון דתורה האמיכו לומר על מי שמוחזק לבנו לומר שאיכו בנו וב"מ הקשה מה בכך דהתורה האמיכו הא כל כופר בכל התורה האמיכו ומ"מ חכז"ל הזקיקו לשבועת היסת וה"ה בזה י"ל מן התורה כאמן בל"ס ומ"מ הוא בכלל תקנת היסת עיי"ש ונראה דחכז"ל הלריכו היסת רק היכא דהוי ספק עם מי האמת אבל כאן דתורה האמיכו שהוא ממזר ואפילו כגד חזקה דהוחזק לבנו הרי דתירה עשתה ודאי דאיכו בנו והוי ממזר ודאי כדאיתא בממוך קכ"ז עוד כתב הריב"ש לפי שזה זכות העובר לאחר שיולד ולא זכות האשה ואין טענת ברי של האשה תועיל כלום לזכות הולד וטענת הולד איכו אלא ספק ואין כשבעין היסת על טענת ספק והקשה הב"מ דקי"ל משביעין עפ"י אים פלוכי הגיד ואפילו קרוב עיי"ש הכה בחו"מ סי' ע"ה סכ"ג מסיק הש"ך דוקא כשיש רגל"ד וגם רמ"א שם כתב דוקא שאומר שהוגד לו מפי כאמן והייכו כיון דדעת תובע סומכת עליו ומהימן לו אבל כאן אולי אם היה הולד גדול לא היה מאמין לאמו ועוד כהי דמסיק החמ"ח דסדיכן הולד בתר דידיה היכא דודאי בא עליה וספק אם זכתה גם עם אחרים הייכו משום דאין ספק מוליא מידי ודאי אבל אם יגדל הולד וטוען דאמו אמרה שהוא מזה הוי ספק לבן אם זה שכופר משקר והוי רק ספק א"כ כיון דיש לבן עוד ספק שמא זכתה אמו עם אחר וילדתו ספק מוליא מידי ספק ועיין דב"מ כאן.

ומ"ש הב"מ דאפשר לב"ד לכתוב לה הרשאה לזכות הבן וכמ"ש ש"ך בחו"מ סימן ע"ה סכ"ג הכה הומים ונתיבות פסקו דא"י לכתוב הרשאה על ספק ממון שטוען על חברו.

אך יל"ע כיון דולד זה א"י אביו וכל הקרוב קרוב קודם מחויב לפרכסו וכדאיתא ביו"ד סי' רכ"ב ס"ב ובסימן רכ"ז ס"ח א"כ ה"כ מוטל על אמו והרי הוא בע"ד של זה שאומרת שממכו הרה והוא מחויב לא היא ואם יודה יחויב הוא בממון גמור והשבה תפטר וזה ק"ו ממ"ש התה"ד סימן ש"ח והובא בש"ך חו"מ סימן קכ"א ס"ק מ"ב דראובן שהלא מעות עם שמעון ללוי וטוען לוי לא קבלתי המעות ושמעון אומר שכתן לו דשמעון יכול להשביע ללוי וא"י לומר לאו בע"ד דידי את שאין הממון שלך דבע"ד דידיה הוא כדי שיפטר משבועתו עיי"ש דכ"ש כאן דבע"ד של אמו הוא כדי שיפטר מלפרכסו ואם עניה היא ולריכה ליטול שכר הנקה מליבור שתפרכס עלומה מ"מ כיון דכה"ג חשוב כוגע כדאיתא בחו"מ סימן ל"ז ס"ז דאמרינן זה כוח לו וזה קשה א"כ מה"ט חשובה בע"ד של הכטען כמי די"ל דכח לה ליטול השכר מהכטען מליטול מהליבור דהא מה דכוגע פסול לעד משום דקרוב אלל עלמו וחשוב בע"ד כמ"ש אחרוכים שם וכראה דמש"ה סיים הריב"ש שם

דהעיקר הטעם לפטור הכטען משום דתורה האמיכו ורחיתי בתשב"ץ ח"ב עכין י"ט השיג על הריב"ש דהרי הוא כשאר תביעת ממון שהם חייבוהו היסת בטענת ברי אעפ"י שהתורה האמיכתו והן הכה דברי הב"מ ובאמת לא פטרה תורה לכופר בכל משום דתורה האמיכו דמאי חזית דכתבע יותר אומר אמת דאדרבה תובע יש לו חזקה דאא"ת אא"כ יל"ע משא"כ חזקת כתבע דא"א מעיז כגד ב"ח ריע די"ל אשתמוטי משתמיט כדאיתא להדיא בפשה"ד אלא משום ספק האמת עם מי פטרתו תורה משבועה אבל אומר אין זה בנו תורה האמיכו להיות ודאי ממזר ואפילו כגד חזקה שהוחזק לבנו מהיכי תיתי לומר דחכז"ל יחייבוהו היסת כיון דיש לחלק ולא מליכו שתקנו רק במקום דגם לפי ד"ת הוי רק ספק וכל ספק בתקנה יש להעמיד על ד"ת כדאיתא לקמן סימן קי"ח ס"ו.

עוד כתב תשב"ץ שם וז"ל ועוד שהאב איכו כאמן אלא על בנו לפוסלו לומר שהוא ממזר אבל לפסול שאיכו בנו איכו כאמן כדאיתא בפרק החולץ ואף אתה אל תתמה לענין חיוב ממון אם כאמן להפסידו ירושתו לא מהימן להפסיד אמו שכר הנקתה שהכאמכות שהאמיכה התורה לאב איכו אלא על הבן לבד לפוסלו או להפסידו לא לפסול לאחרים ולהפסידם עכ"ל כוכתו להא דאיתא בפי' החולץ דף מ"ז דכאמן לפסול בכיו אבל לא לפסול בני בכיו אף דממילא כמשך פסולם מכח בכיו דאם בכיו ממזרים ממילא גם בני בכיו ה"ה הכא אף דכאמן לומר שאין זה בנו ואיכו יורשו לא כאמן להפסיד אמו שכר הנקתו והאב"מ הבין דתשב"ץ ר"ל דאיכו כאמן לומר שאיכו בנו ולכן הפס עליו דלא משמע מהש"ס כלום ואדרבה מבואר בכה"פ דכאמן לומר שאיכו בנו וגם תשב"ץ גופא כ"כ שם ומתחלה עיי"ש ובאמת לא עלה זה ע"ד התשב"ץ ומ"מ אין לדחות דברי ריב"ש מכח זה דהתם בפי' החולץ כמי כתבו תוס' דהיכי דאיכו כאמן על בני בכיו לא מהימן ג"כ על בנו דאין סברא לומר שיהיו בכיו פסולים וב"ב כשרים והוכיחו מהש"ס שם וא"כ ה"כ איך כחייבו שכר הנקה כשלא ישבע היסת וכחזיק הולד לכל מילי בודאי איכו בנו כגון ליורשו ולא"יב אשת הכטען בחלילה ומבואר בש"פ הדר וברש"י שם דלאי משויכין הכא הכי והכא הכי הויין מילי מדרבכן כי אוכא ואיטלולא ולומר שיחויב שכר הנקתה ויהא כבכו לכל מילי זה ודאי א"א לעקור ד"ת משום תקנתא דהיסת דלא אלמוהו כדאורייתא להשביעו בנק"ח ולירד לנכסיו.

ואסור בקרובות אותו פלוכי בב"ת דב"ש סימן שכ"ח כתב דאם מכחישה שלא בא עלי' כאמן דתורה האמיכתו והא דכתב כאן בש"ע אם איכו מודה שהוא בנו הייכו כמ"ש ב"י שאיכו מודה שהוא בנו ודאי אעפ"י שמודה שכבעלה לו דהרי בסמוך וברמב"ס בארוס מבואר כשאומר שלא בא עליה הולד ממזר והב"מ השיגו דדוקא כשעושה בנו ממזר כאמן שירדה תורה לסוף דעתו של אדם שאין אדם בעולם שיפסל אפילו ספק זרעו בפיסול ברור ולולא שיודע בודאי שאין זה בנו לא היה מעידו בממזר אבל בפכויה טעם אמירתו שאיכו בנו מ"מ כשר בקהל על פיה ואין כ"מ בעדותו אלא להתירו בקרובותיו איכו כאמן לב"ע את"ד ודבריו תמוהין דהא מבואר בריב"ש סימן מ"א ומ"ב דאם מכחיש פכויה שלא בא עליה פטור מהיסת כיון שהאמיכתו תורה

תורה לומר אינו בנו אפילו בא"א כ"ש בפנויה עיי"ש ואם בפנויה לא האמינתו תורה כיון שאינו עושהו ממזר מה ראיה ומהא דהאמינתו תורה לעשותו ממזר וגם תשב"ץ הנ"ל כתב אע"ג דלענין יוחסין נאמן שלא בשבועה לענין חיוב ממון להפסיד לאחרים צריך שבועה ומ"ש הב"מ דירדה תורה לס"ד וכו' א"כ למה נשים לבנו בניס אינו נאמן גם על בנו וכמבואר בפ' החולץ דף מ"ז ובתוספת שם ולקמן סכ"ט ומה שפירש הב"מ מ"ש הב"י אעפ"י שמודה שנבעלה נ"ל ר"ל ל"מ כשמכחישה אינו מוכרח כלל אלא ל"מ כשאינו אומר כלל דליתא כאן או הוא שוטה ובזה לק"מ מה שהקשה ב"מ דאם איירי דוקא במודה שנבעלה מה ל"ל חוששין לדבריה לענין קרובות אפילו בלא דבריה פשיטא שאסור בקרובותיו מחמת אמירתו שבא עליה עיי"ש דל"ל חוששין לדבריה כשאינו מודה ואינו אומר כלום ואם איתא דכונת הב"י כמ"ש הב"מ איך לא הביא דברי ריב"ש ותשב"ץ שהם כנגדו ובטור ורמב"ם לא נזכר כלל שאינו מודה ואם איתא לדברי ב"מ למה לא קמ"ל רבותא אף שמכחישה ואומר שלא בא עליה חוששין לדבריה לאסור בקרוביו וכן מבואר בתה"ד סימן רס"ז בפנויה שילדה ואומרת מפלוני ישראל והוא מכחישה דמהימן לומר שאינו בנו אלא דלא מהימן לומר שמגוי נתעברה דלא האמינו תורה רק לומר שאינו בנו ולא לומר ממי נתעברה ול"ד לאומר על בן בין הבנים שאינו בנו דהולד ודאי ממזר דהתם כיון שבשעה שהיתה אשתו ילדתו כיון דנאמן שאינו בנו ממילא הוא ממזר וזה טעם מ"ש הרמ"א לקמן סוף סכ"ט ומה שהביא הב"מ ראיה מ"א שבהג"ה לקמן סכ"ט דאין נאמן להכשירו הא לא קי"ל כן כמבואר בריטב"א וכ"י והמ"ח וב"ש וב"י ותה"ד סו"ר בכוב"ת פירש ג"כ דברי הש"ע כמ"ש ואף דס"ס דצריך תלמוד אם נאמן להתירו בקרובותיו אולי ראה דברי ריב"ש ותה"ד ודב"ש ודאי לא היה כ"כ.

ובשו"ת רעק"א סימן ק"י כתב דמסתפק לדינא באומר אבן מאשתו שיושבת תחתיו אינו בני דמותר במוהרת אם מתירו גם בקרובין דיליה כמו דחזינן דמתירו בממזרת ובכהן האומר על בנו שהוא בן גרושה דמתירו בחללה אף דלא מלינו מפורש כן בקרא ולא ילפינן רק מדהימניה התורה לומר על בנו הקטן שהוא הבכור וממילא נעשה הגדול ממזר כדאיתא בתוס' יבמות דף מ"ו ע"א הרי אף דלא מלינו דהתורה הימניה רק להפקיעו מממון מ"מ למדין מיניה גם לענין איסורא דאמרינן דלא הימניה התורה לחצאין א"כ וממילא נאמן לכל מילי להתירו בקרוביו אולם בב"י חו"מ סימן קע"ח בשם הר"ן כתב דנאמן לומר על מי שאינו מוחזק כלל לבנו בני הוא להורישו אף בנכסים שיפלו לו כשהוא גוסס דג"ז בכלל יכיר דקרא והרי בפ"כ קל"ד באומר זה בני א"כ לפטור אשתו מן החליצה רק במגו דבידו ליתן לה גט את"ד וצ"ל לפימ"ש התשב"ץ ח"ב ענין י"ט שהאב אינו נאמן אלא על בנו לפסלו לומר שהוא ממזר אבל להפסיד אחרים אינו נאמן כמו דא"כ לפסול שאינו בנו לכן גם לענין חיוב ממון נאמן רק להפסיד בנו ירושתו ולא לאמו שכר הנקתה עיי"ש והריב"ש הנ"ל בסימן מ"ב שכתב דנאמן לומר אינו בני ליפטר מליתן לאשה שכר הנקתה היינו משום דס"ל שזה זכות הבן שחייב האב לזונו כמ"ש שם ונגד הבן הרי נאמן להפסידו וא"כ לפטור אשתו מחליצה ויבום הוא ומפסיד לאחיו שלא ייבמה ולא לזכות בנכסיו לכן צ"ל משום דבידו לפטרה בגט ובזה מיושב תמיהת הרא"ש בתשובה פ"ב על הרמב"ם שכתב בפנויה או א"א שזנתה עם אחד ואומר זה העובר ממנו הוא בנו לירושה וספק ליבום ותמה הרא"ש מאחר שקורהו ספק למה יוציא ממון משאר יורשים הודאין ואם משום מגו דאי בעי יהיב ליה חדא דזה הוה מגו בדדמי ועוד נפטרה גם מחליצה משום המגו ואם משום דתורה הימניה לאב לענין חליצה נמי יהא נאמן עיי"ש ולפימ"ש י"ל דבאמת הוי מגו בדדמי דסבור שהוא בנו ואפשר זנתה גם עם אחרים אך כיון דתורה אמרה יכיר אין אנו חוששין שאומר בדדמי ודוקא מה שנוגע לענין ירושה דתורה האמינו לומר שזה בנו להורישו גם בלא מגו אבל לענין יבום דמפסיד לאחיו אינו נאמן רק במגו וכאן דהוי מגו בדדמי ליכא מגו.

סכ"ט בהג"ה וי"א דהוא נאמן מבואר בריטב"א וכ"י דאם לפסלו הימניה תורה לומר בני זה' ב"ג וב"ח כ"ש להכשירו ובקצו"ח סימן רע"ז סי"ב הקשה מפ"ב דכתובות כ"ה ב' דהאומר בני זה וכהן הוא נאמן להאכילו בתרומה משום דבידו להאכילו תרומה והא בלאו המגו דבידו כיון דנאמן לפסלו מדכתיב יכיר כ"ש להכשירו והוכיח מזה כרשב"ם פ"כ דף קל"ד ע"ב דאין האב נאמן בהכרה אלא כשהוחזק לבנו דלא כרמב"ם ורא"ש והא דריטב"א וכ"י אך בירושלמי מבואר דאומר זה בני וכהן הוא נאמן דהוא בנו ואינו נאמן להכשירו לכהונה דשמא ב"ג וב"ח הוא וכיון שהוא בנו למה לא נאמן להכשירו לכהונה משמע דרק לפוסלו נאמן ולא להכשירו דלא כב"י וריטב"א עיי"ש ולפימ"ש לעיל מהתשב"ץ לק"מ דכיון דיהא כהן יטול חלק בגורן וחב לאחריני לא מהימן ואף דעדיין לא זכו שאר כהנים בתרומה מ"מ חשוב חב להם כדאמרינן בפ"ק דב"מ בפיאה ומציאה דמתנ"ה ל"ק משום דחב לאחריני אבל לענין ירושה בממונו האמינו תורה מדכתיב יכיר נגד שאר יורשים אף דחב ליורשיו וא"צ מגו ובכתובות דאמר כדי משום דבידו להאכילו תרומה אף דבזה לא חב לאחריני כבר הקשו תוס' שם מה מגו איכא ורמב"ן וריטב"א תרצו דנאמן דאי בעי ל"ה אמר שהוא בנו והיה נאמן כנגד דעלמא לענין ליתן לו תרומה או אם יאכילו תרומה שלו יהא מוחזק לכהן וממילא אח"כ יחלוק נמי בגורן כיון דכבר הוחזק לענין איסור אכילת תרומה אהכי אח"כ גם לחלוק בגורן עיי"ש בא"ס"ז ובית יעקב והא דאינו נאמן להשיאו אשה משום מע"י כמו שפרש"י בדף כ"ד סו"ר בפנ"י דף כ"ה ע"ב בד"ה ור"ש שכתב הא דע"א קרוב לא מהימן לענין תרומה ומעשר משום דאיקרי איסור דאית בו ממון שיש כאן גזל השבט כהנים ולוים.

ממזר ודאי עכ"ם א"ל אמרה מעכו"ם נתעברתי לא אמרינן אבן שמא מעכו"ם ובתשב"ץ ח"ג סימן רס"ג כתב דתלינן בעכו"ם והובא בכס"ד סק"ה ולקמן סימן ו' ס"א רואה שנבעלה או שנתעברה אפילו לא היה שם אלא עכו"ם אחד והטור שם העתיק כן מהרמב"ם ולא ערער ונראה דשאני א"א דמרתתה מבעלה כי עכו"ם לא לנוע ויפרסם כדאיתא בפא"כ דף ע"א משא"כ פנויה אף דיהא לה לקלון מ"מ הכי רואה שנבעלה או נתעברה ולא חששה משא"כ בא"א תולה בבעלה אך גם לעיל סכ"ז באורסה

בארוסה כתב דהוי ממזר ודאי ועשעה״מ פט״ו מהא״ב ה״ז.

סל״א אסופי במהרי״ט וכו״ב ויש״ק הקשו בלא״ה הוי שתוקי כיון דלא נבדקה אמו ממי ילדתו ותירץ כו״ב דשתוקי דידעינן אמו וע״כ בזנות נתעברה בין היא פנויה בין ארוסה כיון שאינה אומרת מארוס הוא לכך חששו חכז״ל לפסלו אבל אסופי יכול להיות דנולד מאיש ואשתו לכן לא חששו אלא משום ריעותא דהושלך למיתה וכשיש סימן שלא הושלך למיתה כשר והדר סתר זה דהא בדף ע״ג אמר רבא ד״ת אסופי כשר דנגד מיעוט ארוסות ושהלך בעליהן למדה״י איכא פנויות ואיכא נמי מחמת רעבון ה״ל פלגא ופלגא וא״כ כיון דאסרו חכמים הנולד מן הפנויה ולא נבדקה משום שתוקי ליכא למיתלי רק במיעוט דרעבון ומיעוט כמאן דליתא גם באיסור דרבנן ועיי״ש שמכח זה הוליד חדשות וחלקו עליו אחרונים וכ״ל כמ״ש כו״ב דשתוקי רק בפנויה דיש ריעותא דנולד בזנות וה״ט באסופי דאפשר נולד מאיש ואשתו לא תלינן שנולד בזנות דתשמיש דאיש ואשתו לא תלי במעשה כמ״ש תוס׳ יבמות דף קי״ט דממילא מזדקק לאשתו משא״כ זנות תלי במעשה ורובא דתלי במעשה לא עדיף ממיעוט שאינו תלוי במעשה לכן לדידן כשיש הוכחה שלא נשלך לשם מיתה אין בו פסול שתוקי ורבא דקאמר באסופי דפנויות ומשום רעבון הוי פלגא משום דרבא ס״ל דרובא דתלי במעשה הוי כמי רובא טוב כדאיתא ביבמות שם ובבכורות דף כ״ף ואנן לא קי״ל כן התם.

והנו״ב שם חילק דשתוקי שידענו את אמו וצריכין לדון גם על האם ולדידה הוי קבוע דלמא אזלא איהי לגבייהו לכך האם והולד פסולים אבל אסופי אנו דנין רק על הולד והולד מיקרי פירש כמו בט׳ חנויות דבשר הנמצא בשוק אמרינן כל דפריש מר״פ ולכך ליכא באסופי שום חשש ולכן גם בשתוקי א״ל נבדקה אמו כלל דשוב אין דנין רק על הילד אם ר״כ הולד כשר ובקהלת יעקב דחה סברתו דכאן נולד הספק במקום הקביעות על האשה והזרע שבתוכה ומה בכך שנפרש הולד אח״כ כיון שנאסר הספק במקום הקביעות ואפילו הספק אם היא הלכה אצל הבועל והוי קבוע או אם הלך הבועל אצלה הוי כפירש הרי תיכף כשראוה מעוברת הואיל והספק הוא עליה ועל העובר שבתוכה ספק קבוע דהעובר ירך אמו ומה בכך שנפרש העובר מן האשה והובא בפ״ת ובית מאיר כתב דנעלם מהנו״ב מ״ש תוס׳ פ״ק דכתובות דט״ו בד״ה דלמא גבי תינוק דמושלך בעיר ל״ה קבוע הואיל ולא נמצא בבית הרי מבואר דשתוקי אם אזלה לגבייהו אף התינוק שאתה בבית הוא קבוע עיי״ש וכ״כ לפימ״ש המרדכי בפ״ק דחולין דהא דאזלינן בסנהדרין בתר רוב דעות ולא מיקרי קבוע משום דהדיבור דנפיק מפומייהו ה״ל פירש והובא באחרונים ומחה״ש סימן תל״ר סק״ג וא״כ נהי דהבועל קבוע וכשאזלה לגבייהו הוי קבוע דהאשה הנבעלת נפסלה בהעראה וכדאיתא ר״פ הבע״י ולקמן סימן וא״ו ס״ט אבל לענין הולד הזרע פירש ומיד כשנולד הספק חשוב פירש רק אם דנין גם על האם כיון דנפסלה בהעראה וחשוב קבוע א״א לחלק בינה לולדה וכמ״ש כה״ג טוי״ז בסימן ק״י סק״ה.

ותוס׳ בכתובות הנ״ל כתבו שפיר על תינוק הנמצא דיש בעיר תינוקות נכרים וישראלים וכשנמצא בבית כיון דהתינוקות שבבתים כולם קבועים הוי קבוע וכמע״נ דהא עכשיו אנו דנין ונולד לנו הספק על התינוק מאיזה תינוקת הוא וכלם קבועים משא״כ כאן ליכא רק זרע מבועל אחד ואנו דנין ממי פירש ועוד דגם ישראל הבא על הנכרית הולד כמוה כדאיתא בספ״ג דקידושין לכן ודאי עובר ירך אמו ומתחלת יצירתו קבוע כאמו משא״כ בנולד מישראלית דהולד הולך אחר הזכר שהוא כתין או ממזר אף דהבועל קבוע הזרע מיקרי פירש ומה שתמה הב״מ מדאמר רבא בקידושין דף ע״ג ד״ת שתוקי כשר דרוב כשרים אצלה מאי אמרת דלמא אזלה איהו לגבייהו ה״ל קבוע ומה שייך בתינוק הנפרש בד״ת אטו יאמר דסברתו סברא דאורייתא מתוך דדייניך על אמו אף התינוק חשוב קבוע עכ״ל לק״מ דרבא רצה להוכיח דרק משום מע״י אסרו לזה אמר מה אמרת דלמא אזלה איהי לגבייהו וה״ל קבוע לכן אסרו חכמים גם התינוק משום ספק כיון דלגבי האשה חשוב קבוע וכמע״נ דמי הא התורה אמרה ממזר ודאי לא יבא הא ספק יבא א״כ נהי דהאשה אסורה מספק אין מקום לפסול הולד אפ״ת דמשום אמו חשוב התינוק כמי ספק וא״ל א״כ מנ״מ אם משום מע״י אסרו או משום דלגבי האשה יש לו דין קבוע כיון דבי״כ ובי״כ רק מדרבנן דא״כ תקשי למאי נ״מ סתר רבא טעם דגזרה שלא ישא אחותו והכריח טעם דמע״י.

ומ״ה שחילק הב״מ לענין קבוע בין חצר לבית לענין ביצה לא נחשב החצר ביתו ג״כ ל״כ אלא הביצה דהיתה בלועה בתרנגולת ויצאה מהתרנגולת זו חשוב פירש ועטו״ז יו״ד סימן ק״ח סק״ד ובינת אדם בשער הקבוע ס״י ומ״כ יו״ד סימן כ״ט.

סל״ה אחד עב״ם הקשה על הר״ן שכתב דע״א א״נ רק בעל״ג הא קי״ל דבר שאין לו חזקת איסור וחזקת היתר נאמן ע״א ולק״מ לפימ״ש הריטב״א בר״פ אם אין מכירין דדוקא במעיד על חתיכה לאסור או להתיר אבל במעיד על אדם להכשירו צריך שני עדים.

והרי הבן בחז״כ בטור לא קיים כן ועב״ש ס״ק ס״ב שנדחק דמיירי דוקא בעד כשר ומעיד עליו שהוא כשר והעד א״י יחוסו ולע״ד הב״ש מדייק בלשון הש״ס דערער עליה ולא גרס דערער עליו כמ״ש ברי״ף וטור והיינו דהמערער אינו אומר בהיפך מהאיש אלא דמכחישה דאינה יודעת ומה דמעידה דיודעת היא שקר וא״כ כיון דלולא המערער לא היה לנו ספק רק מכח דברי המערער י״ל שמא המערער משקר ואת״ל דאינו משקר שמא מ״מ הולד כשר אבל ליוחסין כהונה ל״מ ס״ס כמו חד רובא ועוד די״ל זה ל״ה ס״ס גמור דאם דנין על הולד ליכא רק ס״א ועב״ש לעיל סימן ב׳ סק״ד ובריטב״א פע״י דף ע״ג כתב דהוי ס״ס בספק דלמא אזלו אינהו לגבה והוי רוב כשרים ואת״ל היא אזלא לגבייהו והוי קבוע וכמע״נ מ״מ עדיין הוי ספק עיי״ש והיינו משום דיש שני צדדים להכשיר הוי כרוב אף דאינו ס״ס גמור דהא כל הספק אם נבעלה לפסול.

עוי״ל דבטור לעיל סימן ב׳ כתב ומשפחה שנתערב בה ספק פסול א״צ לרחקה שכולם טהורים לע״ל בד״א לישראל אבל כהן לא ישא מהן וכתב הב״ח בקו״א שם דל״ד ספק פסול דאפילו ודאי פסול שנתערב כדמשמע בגמרא ועמ״ש שם כיון דטהורים

דטהורים לע"ל בטל אף דאדם הוא בע"ח ובע"ח לא בטיל דוקא באיסור שאסור לעולם וא"כ ה"נ דנתערב הממזר ברוב כשרים בטל דל"ד לשתוקי דרק הספק עליו ולא נתערב בכשרים ואף דהמערער אומר דמכיר הפסול או החיה אומרת כן מ"מ כיון דיש הכחשה כמאן דליתנהו דמי והוי תערובות או אפש"ל דעד כשר יותר מהימן מהחיה מ"מ לפימ"ש דהעד אינו אומר דמכיר הולדות אלא מכחיש החיה מה שמעידה שהיא מכרת ואף דברמב"ם פט"ו מהא"ב הל"ב כתב נאמנת חיה לומר זה הבן כהן הוא או לוי או נתין או ממזר וא"כ נחלה פסולים מ"מ הא קי"ל איסורין מבטלין זא"ז כדאיתא בזבחים דף ע"ט וביו"ד סימן ל"ח ס"ט ובדג"מ שם והמחבר שינה וכתב כהן ולוי וישראל וממזר שיהא רוב כשרים כי ל"ע באיסורין אי מבטלין זא"ז די"ל רק בטעמים שאינן שוין כ"א מבטל טעם חברו וביבש ביבש לא כמו שהוכיחו מהרמב"ם פט"ז מהמ"א הי"ט ופי"ח מהלכות פס"מ אך ה"ד בכולן איסורי תורה אבל כאן דחד נולד מנתין דלרמב"ם פי"ב מהא"ב אסורין רק מדרבנן דחשוב היתר לגבי ממזר דאסור מה"ת לכ"ע ומבטלין זא"ז דהא בזבחים שם אמר כשם שאין מצות מבטלין זא"ז כך אין איסורין מבטלין זא"ז וקי"ל מצה ומרור בזה"ז כיון דמרור דרבנן מבטל למצה דאורייתא וכהי די"ל דכשאר איסור דרבנן וכן לענין בן הנתין ליכא רוב היתר כיון דיש ממזר ונתין כנגד כהן ולוי מ"מ כיון דהוי מע"מ הוי ספק דרבנן וכדעת א"ז שבש"ך יו"ד סימן ק"ט סק"ט דאיסור דרבנן חד בתרי מותר לשני ב"א וכן הוכיח פר"ח ביו"ד סימן ק"י בכללי ס"ס סקט"ו מהרמב"ם וכ"ד המנ"י בקו"ה ס"ק ל"ז אך ש"פ דס"ל דנתינים אסורין מדאורייתא עיין ריש סימן זה בב"ש וביאור הגר"א וגם הב"י ביו"ד סימן ק"ט פסק דחד בתרי באיסור דרבנן אסור לכן שינה ולא כתב רק כהן לוי וישראל וממזר והטור דלא נקט כאן רק בנתערב ממזר וכשר דליכא רוב כשרים לפיכך לא סיים דהבן בח"כ והא דלעיל סימן ב' ס"ה כל אשה מהם אסורה עד שיבדוק וכן אם נתערב בה ספק ממזר או ממזר ודאי והרי דלא בטל ה"ט כיון דאפשר בבדיקה דהא אמר עד שיבדוק וכל דאפשר להכיר אינו בכלל ביטול ואפילו לא אפשר לבא לתכלית הבירור מ"מ יש חשש שיתברר אח"כ ע"י עדים כיון דטרם שנתערב היה ניכר משא"כ כאן דבשעת לידה נתערב ואין אדם בעולם שיכיר ועוד דכאן נתערב בו והוא בח"כ לנשים ומבואר בסימן ב' סק"ג דגם בהעידו עדים שנתערב בהמשפחה ממזר אשה הבאה ליכנס א"צ לבדוק וה"ט דהקילו גבי נשים כיון דבטל הממזר ברוב מד"ת לא החמירו חכז"ל גבי אשה כיון דהקילה תורה לגבה שלא הוזהרו ליכנס לפסולים ומיושב קושית הב"ש שם ולכן דייק כאן הבן בחזקת כשר ולא נקט ולד וגם מתחלה נקט דוקא שנולדו בנים.

בירושלמי שילהי יבמות עשו פונדקית כחיה הובא במרדכי שם ופירש מפני שהיתה מראה פנים לדבריה במקלו ותרמילו ויש להבין מה זה ענין לחיה ונראה כמו דחיה האמינו משום דשייכה במלתא ומידק דייקה כמו נאמן בעל המקח בזמן שמקחו בידו לומר לזה מכרתי משום דעליו מוטל לדייק וכמ"ש ריטב"א ופנ"י בפע"י דף ע"ג ה"נ פונדקית דעליה מוטל לדייק דאם עדיין חי הוא לא היה לה ליתן לחבריו ס"ת ומקלו ותרמילו דאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר ורוצה לכשיחזור ימצא כליו אצלה וכמו חזקה אומן לא מרעה אומנתו כן חיה ופונדקית דעליהן מוטל לדייק ולפ"ז לכאורה מוכח דחיה נכרית ג"כ נאמנת דהא הפונדקית היתה נכרית כדאמר בבבלי שם מאי גרועתא דפונדקית אך לפי מה דבבבלי שם אמר דפונדקית מסל"ת ולא משום דעשו אותה כחיה ל"ל משום דנכרית היה אינה נאמנת ומסל"ת לא מהימן רק בעדות אשה משום תק"ע אך כיון דלירושלמי חיה נכרית נאמנת כ"ש קרובה ישראלית מנ"ל לומר לש"ס בבלי לא תהא נאמנת ולעשות פלוגתא.

סימן ה'

ס"א אסור בממזרת ודאית כ"כ רמב"ם ריש פט"ו מהא"ב ובהשגות כתב דממזרת לאו קהל הוא ועוד פ"ד כהן שמותר בגיורת דלאו בקדושתיה קאי אף דגיורת לכהן איסור דאורייתא וה"ה לישראל עוד תמהו אחרונים למה התיר הרמב"ם פ"ד בשתוקות הא ממ"נ אי ישראלית אסורה לו אי ממזרת אסורה לו ומה שתירץ הסע"מ לפימ"ש מהרי"ט דספק ממזר התירה תורה מתורת ודאי ומותר לישא ישראלית וממזרת אף דהוי תרתי דסתרי דהא נוב"ק בחא"ע ס"ה דשאני הכא דבחד ביאה ודאי איסור יש ממ"נ. **ונ"ל** לפימ"ש החינוך מצוה תקנ"ט שנמנע מי שנפסדו כלי המשגל עד שאינו ראוי להוליד ע"י מכת אדם או בהמה או עץ כלומר שלא היה בידי"ש מלישא בת ישראל משרשי המצוה להרחיק ממנו לבלתי הפסד כלי הזרע בשום צד כידוע במלכים שמסרסים הזכרים ויש מן הזכרים הפחותים רוצים דבר זה ועם טענה זו נמצא טעם בחילוק האיסור בין הנפסד בידי אדם לנפסד בידי"ש והובא בשו"ת ב"א חא"ע ס"ב ונראה דזה מבואר לר"ש בפ' הערל דף ע"ו פד"כ מהו בגיורת בקדושתיה קאי ואסור א"ד לאו בקדושתיה קאי ושרי ופשיט מדתניא פ"ד ישראל מותר בנתינה אלמא לאו בקדושתיה קאי ורבא דחיה ליה תהלה דלעולם בקדושתיה קאי ושאני נתינה דאינה רק מגזרת יהושע ודוד לאחר שנתגיירו והדר חזר רבא דנתינה מדאורייתא אסורה לישראל משום קדושה ופ"ד לאו בקדושתיה קאי לכן שרי בנתינה עיי"ש והיינו דאם הטעם כמ"ש החינוך לאו משום דפ"ד אבד קדושתיה אלא כדי שלא יסרסו אסרו תורה לבא בקהל ומה"ט פ"ד כהן אסור בגיורת ופ"ד ישראל אסור בממזרת דאם יהיו מותרין אדרבה יש חשש מחמת זה דאם יתנו עיניהן בגיורת וממזרת יסרסו עצמן מחמת ממון שיש לגיורת וממזרת וכדומה והתורה לא אסרה על פ"ד לבא בקהל רק להחמיר עליו כדי שלא יסרס עצמו ולא להקל עליו ממה שהיה אסור אם לא היה פ"ד אבל אם אין הטעם כמ"ש החינוך אמרינן דאסרה תורה פ"ד בקהל דלאו בקדושתיה קאי ובזה י"ל מה דרש"י סותר א"ע דהתם בדף ע"ה פרש"י סרים חמה בידי"ש מחמת חולי וכשר וכן פרש"י ביבמות דף כ"ף ע"ב אבל בדף ע"ה ע"ב בהא דאר"י א"ש פ"ד בידי"ש כשר ואמר רבא היינו דקרינן פלוע ולא הפלוע פרש"י בידי"ש ע"י רעמים וברד או ממעי אמו דמשמע ע"י חולי פסול ועמדו בזה ב"ש ואחרונים ולפימ"ש לק"מ דלטעם החינוך ודאי מותר ע"י חולי וכמ"ש בשו"ת ב"א שם וא"כ לפי מאי דקי"ל נתינים פסולים רק מדרבנן כדאיתא ביבמות דף ע"ח אמרינן פ"ד בקדושתיה

בקדושתיה קאי כדדמי רבא בתחלה וכ"פ בעל המאור א"כ מה דאסרה תורה פ"ד בקהל כטעם החינוך א"כ מותר ע"י חולי לכן פרש"י בדף כ"ף ובדף ע"ה ע"א דע"י חולי כביד"ש הוא וכשר אבל בדף ע"ה ע"ב דקאמר רבא היינו דקרינן פלוע ורבא מקיק דפ"ד לאו בקדושתיה קאי לכן מותר בנתינה ופד"כ מותר בגיורת ע"כ לא ס"ל כטעם החינוך א"כ אפשר ע"י חולי פסול לכן לא פסיקא לרש"י לפרש רק שנולד כך או ע"י רעמים.

והנה פליגי תנאי אי דרשינן טעמא דקרא ויש בזה שיטות ברמב"ם דפ"ד ומעכו"ם דריש טעמא דקרא וכ"מ שם הקשה דלענין לא יחבול בגד אלמנה פסק הרמב"ם כמ"ד דלא דרשינן טעמא דקרא ואסור אף בגד אלמנה עשירה וכתבתי בחידושי לסנהדרין דע"ז ובילה דף למ"ד דלהחמיר דרשינן טעמא דקרא ולא להקל דשמא זה הוא הטעם דקרא או לא והנה ברמב"ם פ"ה מהלכות שחיטה כתב דדרוסה כיון שמפורש בתורה החמירו בה וכל ספק שיסתפק בדרוסה אסור משא"כ שאר טרפות אף דכולן הלל"מ הן וע"כ ה"נ לאו דלא יבא ממזר בקהל ד' דמפורש בתורה חיישינן לטעמא דקרא בהא דלא יבא פ"ד בקהל ד' שמא בקדושתיה קאי רק גזרה תורה כדי שלא יפרש עצמו וא"כ אין להקל עליו מחמת דנעשה פ"ד לישא ממזרת אבל כהן דאיסורו בגיורת איננו מפורש בתורה רק בדברי קבלה מזרע בית ישראל וג"ז איננו מפורש דהרבה פליגי ודורשין דרשה אחרת בהאי קרא כדאיתא בפע"י דף ע"ח וגם בפ' הבע"י דף סמ"ך ע"ב פליגי אמוראי אם גיורת פחותה מבת שלש אסורה לכהונה ולכן ס"ל לרמב"ם דפ"ד כהן מותר בגיורת דלא החמירו לדרוש טעמא דקרא ואמרינן לאו בקדושתיה קאי.

ולפ"ז הא דפ"ד אסור בממזרת משום דחיישינן דלמא טעמא דקרא כדי שלא יפרש עצמו וא"א להקל עליו דתורה אסרה רק להחמיר עליו ותינח בממזרת ודאית משא"כ שתוקות דטרם שהיה פ"ד היה מותר בה מה"ת דממזר ודאי ולא ממזר ספק א"כ גם לאחר שנעשה פ"ד לא אסרה התורה עליו דהא לא מרויח בזה שנעשה פ"ד דבלא"ה היה מותר בשתוקית ופשטיה דקרא דלאו בקדושתיה קאי כמו שמפרש האבן עזרה בפ' תצא לי' פ"ד בקהל ד' שלא יחשב כאחד מקהל ד' שיקח בת ישראל ולפ"ז הא דלי' ממזר בקהל ד' איננו בפ"ד רק לחומרא חיישינן לטעמא דקרא במה אסרה תורה פ"ד בקהל כדי שלא יפרש עצמו כהחינוך ומה"ט משתמא לא התירה לו תורה מה שהי' אסור אם לא היה פ"ד דא"כ יפרש עצמו כדי ליקח ממזרת וא"כ שתוקות כשאר בהיתר ואף דחכמים אסרו ודאין בספקן מ"מ בפסולין לא גזרו על הספקות כמ"ש הרמב"ם שם.

וז"ל ירושלמי פרק הערל אשה דתנן פ"ד מותר בגיורת אריב"ל לא שנו אלא פ"ד ישראל אבל פ"ד כהן לא בדא תמן תנינן כל האסורין לבא בקהל מותרין לבא זב"ז ר' ירמיה אמר בכללא פ"ד ישראל מותר לו לישא ממזרת אמר ר' יוסי בלבד פסול משפחה הא פסול הגוף לא בדא מיליה דר' יוסי מסיעא דריב"ל לא שנו אלא פ"ד ישראל אבל פ"ד כהן לא בדא כמה דאת אמר תמן אם כהן ברור הוא פסול לו לישא גיורת אף הכא ישראל ברור אסור לישא ממזרת עכ"ל ויל"ד מלשון אם כהן ברור הוא דמאן דכר שמיה במימריה דריב"ל ולכאורה שפת יתר הוא לגמרי גם לשון אם איננו מובן דודאי כהן הוא ובמה שכתבתי א"ש דבא לומר אף דכתיב לי' ממזר בקהל ה' ופ"ד איננו בקהל ה' אלא משום דאם לא היה פ"ד אסור לישא ממזרת ה"כ עכשיו דתורה החמירה עליו כדי שלא יפרש עצמו ע"כ לא התירה לו מה שאסור בלא"ה וז"ש טעמו דריב"ל אם כהן ברור הוא שאיננו פ"ד ואיננו מפסולי קהל ולא אבד קדושתו פסול לו לישא גיורת לכן גם עתה שנעשה פ"ד ואיננו כהן ברור נשאר באיסורו ה"כ פ"ד ישראל כיון דישראל ברור טרם שנעשה פ"ד אסור בממזרת גם עתה אסור אלא דזה דוקא לריב"ל ור' יוסי אבל כיון דר' ירמיה פליג וגם בבבלי הוא איבעיא לר"ם לכן פסק הרמב"ם לענין כהן בגיורת דאיננו מפורש בתורה לקולא ולענין ממזרת לחומרא.

אך דירושלמי הרבנים דיש להסתפק כמו דבעי לר"ם אם פ"ד בקדושתו קאי והל"ל כיון דספק הוא מותר פד"כ בגיורת כיון דכל איסור כהן בגיורת רק מדברי קבלה וכן פ"ד ישראל כיון דספק הוא אם אבד קדושתו ואיננו מקהל ה' דהא קאי על המשנה דכל האסורין לבא בקהל מותרין לבא זב"ז דס"ל אפי' ספקן בודאן מותרין דדרש בקהל ודאי לי' אבל בקהל ספק יבא דלא כר"א דפליג שם וס"ל ספקן בודאן אסור משום דלא דרש בקהל דוקא ודאי כדאיתא שם בירושלמי בתר הכי דטעמן של חכמים דפליגי על ר"א דס"ל לי' ממזר בקהל ה' בקהל ברור לי' אבל בא בקהל ספק ור"א לא ס"ל הך דרשה לכן ה"כ בפ"ד אם הוי ספק אי אבד קדושתו איננו קהל ודאי לכן אמר דריב"ל ס"ל פ"ד כהן ברור הוא ולא מספ"ל אי אבד קדושתו לכן פסול בגיורת ה"כ פ"ד ישראל ברור הוא ואסיר בממזרת אבל כיון דר' ירמיה פליג וגם בבבלי הוי בעיא הכי דללי"ק דבבא דס"ל דכתינים שנתגיירו מותרין מה"ת לא כפשטה בעיא דר"ם וכן פסק הרמב"ם דכתינים מותרין מה"ת מ"מ הוי רק ספק לכן כהן פ"ד מותר בגיורת וישראל פ"ד אסור בממזרת דאנן קי"ל כר"א דספקן בודאן אסור ולא דרש בקהל ודאי לי' ואסיר בדאורייתא כשאר ספקות וכמ"ש הה"מ פט"ו מהא"ב הי"א דממזרת ודאי בספק ממזר הוי ספק דאורייתא ומשום דפוסק כר"א דלא ס"ל דרשה דקהל ודאי וכמ"ש בריטב"א ובטעה"מ וב"מ לעיל סימן ד' ובשירי קרבן בד"ה דברי חכמים כתב כמי דס"ל לירושלמי דר"א לא דרש בקהל ודאי אלא דנתקשה שם על הה"מ משום דס"ד דשירי קרבן דה"כ לא ס"ל לר"א דרשה דממזר ודאי ולא ראה דברי ריטב"א בפע"י דף ע"ב דר"א כמי דרש ממזר ודאי אף קהל ודאי לא דרש.

ולפמ"ש במראה הפנים סוף ה"ב דירושלמי ס"ל כהן לגיורת אסור מן התורה אף הבבלי ס"ל דאיננו רק איסור דרבנן וכן ס"ל לרמב"ם י"ל דירושלמי ס"ל גם לריב"ל מספ"ל אי פ"ד אבד קדושתו רק בספק אחד הוי ס"ד ואסור לכן דוקא אם כהן ברור הוא אבל אם רק מכחכי חזקה דהוי ספק כהן ואינו, אוכל תרומה דאורייתא כמ"ש רמב"ם ריש פרק כך משא"ב אזי גם לריב"ל מותר בגיורת כיון דהוי ס"ס שמא פ"ד אבד קדושתו ושמא איננו כהן מכל הלין הראת לדעת דיש ראיה מן הירושלמי לדברי הרמב"ם ולא כמו שתפסו האחרונים על הרמב"ם לתמוה מדברי הירושלמי הללו אף דדברי המראה פנים קשין להלמן דהוא גרס דיליף איסור כהן בגיורת

בגיורת מבתולה מעמיו והא זה בכ"ג כתיב ולא בכהן הדיוט מ"מ בלאו הכי י"ל דרמב"ם דס"ל ספקא דאורייתא מה"ת לקולא רק מדרבנן אסור לכן היכא דהאיסור אינו מפורש בתורה והוי רק מדברי קבלה לא אסרו רבנן וכמ"ש הפר"ח יו"ד ריש סימן כ"ט משא"כ למ"ד ס"ד מה"ת אסור אזי ספק בדברי קבלה אסור וכבר יש פלוגתא בזה ותליא בפלוגתא אי מביא אש"ת רק על חתיכה משתי חתיכות כמ"ש בתה"ד ומהרי"ט והאחרונים לכן אריב"ל ל"ש אלא פ"ד ישראל אבל פד"כ לא בדא היינו דסתם משנה איירי רק בפ"ד ישראל ולא בפד"כ דזה תליא בפלוגתא דתנאי אי מביא אש"ת רק על חתיכה מב' חתיכות ולפימ"ש דריב"ל ור' יוסי כמי מספ"ל אי פ"ד אבד קדושתו א"ש מה דאמרו לא בדא ולא אמרו לא כבד משום דהכי דלדהו מספ"ל אפשר דתנא דמשנתנו לא מספ"ל וס"ל ודאי אבד קדושתו לכן אמרו רק לא בדא אינו מוכרח מכלל המשנה והוי ספק.

סימן וא"ו

ואסור בחלולה מדרבנן כתב רשד"ם סימן רכ"ה דכהני זמנינו שאין להם כתב יחוס אינם כהני ודאי רק ספק לכן כתב שבו"י ח"א סימן ל"ג שאין כופין להוציא החלולה ובשו"ת זכרון יוסף סימן ג' השיגו דא"כ אפילו בתרומה דרבנן ל"ה שרי למיכל כדאיתא ביבמות דל"ע וטוש"ע סימן ג' דספק בן ט' לראשון או בן שבעה לשני ואחד כהן וכן ישראלית וכהנת שנתערבו ולדותיהן אסורים לאכול בתרומה ומשמע מפשטות דברי הרמב"ם פ"ב מהא"ב וטוש"ע סימן ג' דאפילו בתרומה דרבנן ועוד דהא פסק הרמב"ם בפ"א מהלכות תרומות וטוש"ע יו"ד סימן של"א דתרומה בזה"ז דרבנן עיי"ש ואינו רואה השגה מזה דודאי הל"ל באיסור דרבנן ספקו לקולא רק אם יאכל בתרומה דרבנן יחלקו לו בגורן ואיכא גזל השבט דהוי ספק ממון וכיון דהיה כהני ודאי וזה ספק אין ספק מוציא מידי ודאי ובזמן הזה דכולם כהני ספק דאין לשום כהן כתב יחוס מ"מ עדיפי מזה הספק אם מראשון או משני דזה הוי ס"ס ועוד דאינו מפורש במשנה וגמרא דהספק אפילו בתרומה דרבנן לא יאכל רק מפשטות רמב"ם וטוש"ע משמע אם כן י"ל כיון דבזה"ז כולם כהני ספק וזה יש בו עוד ספק ה"ל ס"ס לאומרא אפילו בתרומה בזה"ז דרבנן לכן סתמו ואדרבה רא"ה דכהני בזמן הזה רק ספק דאל"כ למה ספק בן ט' לראשון לא יאכל בתרומה בזה"ז דרבנן הא ספקא דרבנן לקולא אע"כ משום דהוי ס"ס.

ומהרי"ט בתשובה קמ"ע כתב מדנושאין כפיהם בזה"ז ולדעת רש"י זר שנ"כ עובר בעשה וכן מברך ברכה לבטלה מוכח דכהני ודאי נינהו ושבו"י דחה כיון דכהן שאינו נ"כ כאלו עובר בשלש עשה לכן אמרו חז"ל דישא כפיו גם ספק כהן וכיון דמדרבנן כ"כ שפיר מברך וזכרו"י התפלא עליו דמבואר בטוש"ע א"ח סימן קכ"ח דלא עבר רק אם אמרו לו לעלות א"כ לא נקרינהו לכהני זמנינו ולא יעברו על ג' עשה ולא יעברו ג"כ על ספק עשה דזר הנ"כ עיי"ש וג"ז לא תברא דמבואר שם בטו"ז ופר"ח דאם אין רק כהן אחד מחויב בנ"כ אפילו לא קראוהו לעלות וכ"כ מהרל"ח שם מטעם דבאחד א"ל יברך ב"כ תתבטל הברכה לגמרי וא"כ בזה"ז דליכא רק כהני חזקה גם כשלא יאמרו להם לעלות ולא יעלו כלל הרי מתבטל הברכה לגמרי.

ובשבו"י שם ל"כ דעובר על ג' עשה רק כאלו עבר על ג' עשה משום דכן הוא בספ' קכ"ח דלא ביטל רק מ"ע אחת ונראה בלאו ה"ע דכאלו עבר על שלש עשה מ"מ כיון דעשה דב"כ מפורש בתורה ועשה דזר לא ישא כפיו אינו מפורש ור"י בתוספת כתב דלא ידע מה איסור יש בדבר בזר הנ"כ כדאיתא התם בד"מ ורמ"א ריש הסי' לכן ספק עשה דב"כ דוחה ספק עשה דזר דהא מבואר ברמב"ם פ"ה מהלכות שחיטה הוא"ל ואין לך מפורש בתורה אלא דרוסה לפיכך החמירו בה וכל ספק שיסתפק בדרוסה אסור ושאר מיני טרפות יש בהן ספקן מותרין ובתוספת פסחים דף כ"ט בד"ה אתי ובכ"ד כתבו דעשה חמור דוחה עשה דקיל מיניה כדאיתא בחולין דף קמ"א דעשה דמצורע כיון דיש בו משום שלום בית ה"א דדוחה עשה דשלוח הקן לולא דמיעטיה קרא.

ולפימ"ש מהרי"ט דהא דיש איסור עשה בזר הנ"כ ה"ד במקדש לא בזמן הזה וכן לפימ"ש בחידושי לא"ח סימן קכ"ח דלהם ולא לזרים היינו אם הציבור לא ידעו שאינו כהן ולא מהני או דוקא כשיש כהנים אחרים אם כן השתא דליכא רק כהני חזקה והכל יודעים ליכא איסור עשה ומחויבין בנ"כ מספק ואי דמ"מ יש חשש ברכה לבטלה וישאו כפיהם בלא ברכת אשר קדשנו וצונו כמו המסופק אי נטל לולב דנוטל ואינו מברך שאני התם דאינו רק ספק במקרה משא"כ כאן דע"כ הנהיגו כן יפה כח המנהג לברך ועיין חת"ס יו"ד סימן קל"א דמסיק גם כן דעל מנהג ומעשה רב מברכים ול"ד לחבטת ערבות דאינו רק טלטול בעלמא והכא הוי מעשה רב דכמה דינים בנ"כ ליטול ידיהם ולפרוש כפיהם ולעמוד יחף ועוד הרבה דקדוקים.

עוד הקשה בזכרו"י דבש"ס אמרינן דריע חזקייהו משום שלא היה להם כתב יחוס ודוקא אז שהיו קרוב לזמן בית ראשון ושמרו יחוסם ונודעו המשפחות כולם והיו צריכים שיהיו להם כתב יחוס לכן הללו שלא היה להם הורע חזקתם משא"כ עכשיו מפאת אורך הגלות ויגלו מדחי אל דחי אין לשום כהן כתב יחוס עיי"ש ולענ"ד לפימ"ש רמ"א לעיל ריש סימן ג' מי שבא בזמן הזה ואומר כהן אני נאמן לקרות בתורה ראשון ולישא את כפיו מפני שאין לנו בזה"ז תרומה דאורייתא שנחוש שמא יעלו אותו לתרומה וכן נוהגין האידנא בכ"מ שאין נוהגין בתרומה בזמן הזה וליכא למיחש למידי עכ"ל ולכן עכשיו יש חשש דהוחזק עפ"י עצמו בשקר כאשר מתרומי כ"פ ונמשך החזקה לדורות בטעות לכן אף דלא אתרע החזקה במה שאין להם כתב יחוס אינם כהני ודאי ובזה נסתלקו כל ראיות הזכרו"י מהש"ס ולפיכך אין סתירה מטוש"ע שכתבו כאן דדוקא אם עבר ונשא ספק חלילה א"ל להוציא משום דטוש"ע פסקו לעיל ריש סימן ג' דא"כ לומר כהן אני לקרות בתורה ראשון ולישא כפיו משא"כ לדידן דנוהגין שקורא בתורה ראשון וכ"כ עפ"י עצמו ולפ"ז מ"ש טוש"ע אם עבר ונשא ספק חלילה דוקא לשיטתייהו משא"כ לדידן כיון דאינם רק כהני ספק י"ל גם לכתחלה מותר בס"ח דהוי ס"ס ובלא"ה כתב בשו"ת פ"מ דמותר לכתחלה בס"ח והנה הרמ"א לעיל ריש סימן ג' סיים וכן נוהגין האידנא בכ"מ שאין נוהגין בתרומה בזה"ז דהיינו שאין נוהגין בתרומה כלל אפילו בתרומה דרבנן וכמבואר בב"י ומ"א שם לפ"ז ודאי איסתלק מזמן הש"ס ועולי בבל בבית שני דהיו נוהגין בתרומה.

אך

אך לפימ״ש רמ״א שם תחלה בזה״ז שאין לנו תרומה דאורייתא ולפ״ד הש״ע ביו״ד סימן של״א דגם בימי עזרא לא היו חייבים אפילו בא״י בתרומה דאורייתא דבעינן ביאת כולכם וביה הילל כאן כתב דכונת מור״ם למ״ש ביו״ד שם דגם בא״י לא נהגו בתרומה דאורייתא א״כ לא אישתני דיכא מזמן הש״ס וביה שני ומ״מ אמרו בש״ס רק משום דריע חזקתייהו במה שלא היה להם כתב יחוסם והדלא קובית זכר״י ונראה דמ״מ אז שהיה לשאר כהנים כתב יחוס ונודעו המשפחות כולם ועדיין לא הלכו מדהי לדחי ולא היה זמן ארוך ודאי מי שבא ואמר כהן אני לא היה נאמן כלל כיון דריעותא לפנינו שאין לו כתב יחוס ומדיכא איכו נאמן דרובא ישראל נכהו לכן ל״ל הש״ס דאף אותם שהוחזקו בכהנים ריע חזקתייהו דשמא מחללים באו אף דליכא למיחש דנמשך עפ״י טעות שאבי אביהם אמר בשקר שהוא כהן וכ״כ וקרא בתורה תחלה אבל עכשיו דאין ריעותא ושום הוכחה ממה דאין לו כתב יחוס נהגו להניחו לכ״כ ולקראו ראשון בתורה אף דמדיכא הל״ל דמרובא ישראל הוא א״כ תו לא מהני החזקה כלל להחזיקו בכהן ודאי ונראה הא דנוהגין האידנא להאמינו שהוא כהן אף דהל״ל מרובא ישראל פרים משום דים לחוש לתקלה דבעוה״ר הולכין מדחי אל דחי כמבואר לקמן סימן קכ״ח ס״ב דעכשיו אין כותבין שם מקום הדירה מפני שאנו גולים ומטולטלים ומקום דירתינו מרופה בידינו ואם לא נניחו לישא כפיו ולקרות ראשון שמא באמת כהן הוא ותשתכח מזרעו וישאו גרושה ויטמאו למת וכיולא אבל כשנאמינו ליכא למיחש לתקלה כמ״ש רמ״א.

עוד הוכיח בזכר״י מדכתבו רמב״ם וטוש״ע לעיל ריש סימן ג׳ מי שבא בזמן הזה ואמר כהן אני א״כ ואם נשא גרושה לוקה ואם כהני זמנינו ספק הן למה ילקה שמא משום שראה אבותיו מתנהגים בקדושת כהונה עיי״ש ולפימ״ש אין ראיה מרמב״ם וטוש״ע דס״ל דאיכו נאמן א״כ אהני החזקה לעשותו ודאי כהן דל״ל דנתחזק בטעות עפ״י עלמו.

ענ״ב בזכר״י דכי היכי דנאמן הבא לפנינו ואומר בן כהן מיוחס אני לאסור על עלמו כל פסולי כהונה ה״כ נאמן לגבי בנו וב״ב לדור דורים עיי״ש שכ״כ בדעת הרמב״ם וטוש״ע ותמוה דא״כ למה כתבו והנבעלת לו היא ספק חללה ופרשו הה״מ בפ״כ מהא״ב ה״ג דהיינו דזרעה ספק חלל עיי״ש והא בפי״ז מהא״ב כתב הרמב״ם בכהן שנשא חללה כשם שהוא לוקה כך היא לוקה וא״כ ה״כ כמו הא שאמר אני כהן אם נשא חללה לוקה דשא״ד והוי כודאי כהן כדלעיל סימן ג׳ כך זרעו יהיו כודאים ואם אביו נשא גרושה יהא זרעה ודאי חללה ואם נשאת לכהן תלקה ועיין לעיל סימן ג׳ בב״ש סק״ז ועמ״ש לעיל סימן ג׳ על דברי מל״מ.

אך מהריב״ם סימן שמ״ח נראה דאסור בחלילה וסבר״י כדחק לתרלו ומ״מ י״ל דס״ל כרמב״ם וטוש״ע דמי שבא ואמר כהן אני איכו נאמן ואין מניחין לו לישא כפיו לכן מי שהוחזק לכהן הוי חזקה טובה.

ומ״מ לפימ״ש מהרא״י הובא במגא שערים סי׳ פ״ד אתא דס״ל לר״י ספק דרוסה שנתערב אסור דקשה וכי לית ליה לר״י דאמרינן ס״ס אפי׳ בדאורייתי׳ ועוד כיון שנתערב ברוב דבטל ומדאורייתא ה״ל ספקא דרבנן ותירץ דלא איירו ר״י אלא בנודע מיד שדרס קודם שנתערב באחרים וכיון שנודע שהוא ספק דרוסה והוא ספק דאורייתא ובאותו פעם לא היה עדיין רק ספק אחד נעשה הספק כודאי וכשנתערב בעדר הוי כודאי דאורייתא שנתערב את״ד וכה״ג כתב בתה״ה בית רביעי שער שני דהאיך נאמר כשנתערב שמא לא זו הוא ואת״ל זו שמא לא טרפה היתה והלא כבר אסרתי משעה שנולד בה ספק טרפות והאיך נתיר מה שאסרנו מפני שנתערב באחרים ונאמר מה שאסרנו מותר היה עכ״ל וא״כ ה״כ כיון שהוחזק מכבר לכהן ונאסר מלישא פסולי כהונה ולטמאות למתים ונתחייב לישא כפיו מחמת ספק דאורייתא איך נאמר שישא חלולה ונעשהו ספק וכ״ז לאסור עליו כיון דפסקינן התם כר״י ולא כר״ת כדאי׳ ביו״ד סימן ק״י ס״ט אבל לכופו בשוטין להוליא יש לחוש לגט מעושה שלא בדין דהוי ספק אשת איש ולפימ״ש בערס״י עיו״ד בדיני ס״ס בד״ה והב״ש דאם ספק שבגופו יש בו לד לאיסור וגם לאידך גיסא יש לד לאיסור מהני לעשות ס״ס וכגון כאן כיון דלא הוי כהן ודאי אסור לאכול חלה כמ״ש מהרי״ו ורב״ל הובאו ביו״ד סימן שכ״ב א״כ ל״ל כיון דנושא כפיו ואסור בפסולות נעשה כודאי כהן דכימא לאידך גיסא כיון דאסור לאכול חלה הוי כודאי ישראל.

וי״ל עוד מה שהקשו כיון דהוא בחזקת כהן גדולה חזקה דהכה הסבר״י כתב דלהכי נושא כפיו אף דאיכו רק ספק כהן משום דכהן שאיכו נושא כפיו הוי כאלו עובר על שלשה עשה וכנ״ל ועדיין קשיא כיון דהוי רק ספק כהן ניזל בתר רובא דעלמא דאינם כהנים וליהוי כודאי איכו כהן ול״ל דהרוב לא אלים להוליא מחזקתו וכמו דאין הולכין בממון אחר הרוב להוליא ממון מחזקתו וא״כ י״ל דשקולין הן הרוב והחזקה ומפרע די״ל החזקה רק מכח רוב אתיא דרוב כשרין ולא בא מחללה וכדומה דלא הוחזקו אבותיו בכהנים בשקר.

אם עבר ונשא ס״ח כתב בחנ״ח לכתחלה גזרו על ספק חלולה וכ״כ רש״י ביבמות דף כ״ד ובשו״ת פנים מאירות ח״ג ס״ו האריך דמותר לכתחלה דהוי ספק דרבנן ורש״י דפירש לא גזרו לאפוקי מספק דא״א לומר התם דישא לכתחלה משום דלמא יפגע באחות זקוקתו עיי״ש ואשתמיעתיה מ״ש רמב״ן בחידושיו ליבמות שם וז״ל הא דאמרינן ספק חלולה לא גזרו בה רבנן פרש״י לא גזרו לאפיקי מספק וכן עיקר ואע״ג דשאר ספק של דבריהם אפילו לכתחלה לקולא כיון דאיכא מעשה רבה שחלץ לה בב״ד אין מתירין אותה לא היא ולא לרתה וכן מוכח בהדיא בפרק נושאין על האנוסה דף ל״ה דאמר התם כהנים חוללין ושאינם כהנים מיבמין משום דספק חלולה אסור להן תדע שהרי אחות חלולה כמי מדרבנן ותנן כמי במתניתין שחולץ ולא מיבם מפני שהוא ספק חלולה ואחות זקיקה כמי מדרבנן דזיקה דרבנן הוא וקא אוסרין ליבומי והדר מוחלץ משום דפגע באחות זקוקה וה״ט כיון דחלץ לאידך נראית כיבמה ומפרסמה מילתא בב״ד טובא הילכך חיישינן שמא יאמרו אחות זקוקה מותר לכתחלה עכ״ל.

ס״ד פלוני כהן עב״ש וי״ל כיון דמדיכא נאמן לטעון כגד הקול כמ״ש בש״ך חו״מ סימן קמ״ט ס״ק כ״ב א״כ מדיושבת תחתיו וכהן אסור אם גרשה הוי הכחשה לקול ויש ליישב שלא יהא הכחשה כמו בעדים בחו״מ סימן כ״ט ס״א ובסימן למ״ד ס״ב ה״כ כיישב שכונת הקול רק על כתיבה ולא נתינה וקמ״ל טובא דמ״מ אסורה לכהן שמת בעלה וכ״מ בש״ס דשואל כשאל כהן שילא קול שכתב גט לאשתו ויושבת תחתיו

והשיב

והשיב תלא קתם ומפרש הש"כ תלא משני וקשה מ"כ אם שאלו על הכהן השני לנ"ה אמר כהן ויושבת תחתיו ואם השאלה על הראשון צ"ל לשואל לפרש הלא משני אע"כ כמו שכתבתי והשאלה רק על השני.

ס"ה חוששין לקול בא"ע בסימן מ"ו סק"ה הקשה לרמב"ם בפט"ז מהלכות סנהדרין דאם אמר ע"א גרושה או זונה אשה זו ובעל אותה כהן אח"כ אחר התראה לוקה הרי צ"ל לאסרה על כהן ע"א נאמן א"כ ודאי ה"ה עומפ"ע ואפילו קא"פ ואפילו חוץ לב"ד וא"כ מדינא אסורה ע"י קלא דלא"ה רק עפ"י עמפ"ע והיכי תני במשנה משום קלא ת"ל משום דע"א נאמן באיסורין את"ד ולק"מ דהא מבואר ברמב"ם שם דין ז"ין דדוקא שלא הכחישו קודם שעבר והכא ודאי אהני קלא לאסרה אף במכחישה את מוציאי הקול תדע מדאמר בגיטין דף פ"ט ריב"ג א"כ לא הנחת בת לאאע"ה יושבת תחת בעלה ואם אמת שלא זינתה ודאי תכחיש אותם ולרש"י שבב"ש לקמן סימן י"ז ס"ק קנ"ו האשה נאמנת על עצמה באיסורין יותר ממאה עדים פסולים וכן מוכח מתוס' בגיטין שם ע"ב דאשה אחת יצא עליה קול אחר נישואיה שנתקדשה מקודם לאחר ואותו אחר היה בחופתה כשנשאת לשני ופסק ר"ת כיון שנתקדשה בפניו שריא חזקה א"א מעיזה פניה בפניו דקי"ל כרש"מ עיי"ש ות"ל דאף לולא דרש"מ מדנתקדשה לאחר היא מכחשת הקול וא"ת דלא חשוב מכחשת הקול שנתקדשה לאחר רק כאומרת דגרשה הראשון מ"מ גם בלאו חזקה דאינה מעיזה בפני בעלה נאמנת במגו די"ל לא נתקדשה דהא הוכיחו תוס' בפחז"ה דף כ"ד דנאמן במגו דהיה יכול להכחיש העד ומיהא יש לדחות דלא אמרינן מגו שהיה יכול להכחיש הקול וכמבואר בש"ך חו"מ סימן קמ"ט ס"ק כ"ב אך שם מבואר דלכ"ע נאמן בגוף הטענה להכחיש הקול א"כ ה"נ לולא חשש לעז נאמנת להכחיש הקול ועוד מהיכא תיתי לומר דמה דנתקדשה לאחר הוי כאומרת דגרשה לאשון יותר י"ל דהוי כאומרת דלא נתקדשה לראשון כלל כיון דאם איתא דנתגרשה קלא אית לה כדאיתא בב"ב דף קל"ד ע"ב בפירשב"ם ועוד אם איתא במכחשת הקול לא"ח לקלא הא ודאי לא מיירי המשנה במודית דא"כ בלא"ה שאנכ"ד ואסורה לכהן אחר וע"כ בשותקת מלבד דזה דוחק גדול לאוקמה בשותקת ואינה אומרת כלום בלא"ה א"כ תקשי על אביי בקידושין דף ס"ו דס"ל באומר אשתך זינתה ושותק נאמן ע"א א"כ ה"נ ת"ל בלאו לעז דקול דנאמן וכ"ש כאן דהיא יודעת בעצמה ויש רגל"ד דהקול אמת מדשותקת ועוד דלא הוי שתקי כה"ג מלבאר דאם מכחשת אין הקול אוסרה וכן מוכח מתשובת ר"י שבמרדכי ר"פ אד"מ שהצריכה גט משום לעז והמעשה היה שהאשה הכחישה העדים כמבואר שם וכתב בשו"ת מ"ב סימן ק"ו דמשום הקול הצריכה הר"י גט וכן בשו"ת ריב"ש סימן רס"ו דמבואר בתחלת השאלה דהאשה הכחישה הקול ושם בסוף התשובה בד"ה ואם יאמר האומר לא יהא אלא קול בעלמא הצריך לחפש טעמים שלא לחוש להקול וכן מוכח לקמן סימן מ"ו סוף ס"ג.

ס"ז היא נידחת מפניו ואם ידה תקיפה ואינה יוצאת מחויב הבעל לצאת דאף דאמרו לא תדור עמו האיסור גם עליו דאל"כ למה אם החצר שלה הוא נדחה מפניה אלא משום דתני רישא לא תנשא בשכונתו בדידה תני נמי סיפא בדידה ולפיכך לא פסיק הש"ס הא דבעי מי נדחה מדתני לא תדור ובתוספתא פ"ב דשמחות המגרש את אשתו לא יפרה עמה לא במבוי ולא בחצר אם היה מבוי של שניהם הופך פתחו לצד אחר ואם היתה חצר של שניהם מפנה זה מפני זה ומפנה אשה מפני איש עכ"ל ומיותר לכאורה ומפנה זה מפני זה וגם סותר למה שאמר ומפנה אשה מפני איש דמפנה זה מפני זה משמע דגם עליו מוטל לפנות ולפימ"ש א"ש דבאמת מוטל על שניהם ואם א"א לכופה מחויב הבעל לפנות רק לכתחלה מפנה אשה מפני איש.

ס"ט מבן ט"ת שנים ולמעלה ביבמות דס"ח ע"ב איתא דספק בן ט"ת פוסל והקשו תוספת נוקמיה אחזקה קמייתא דהוה פחות מבן תשע ולע"ד י"ל כיון דפחות אינו ראוי לביאה ובפמ"ש דף כ"ד אמרו לענין ק"ש דישן עם פחות מבן ט"ת ליכא הרהור ערוה לכן ה"נ אתרע חזקתו כיון דבא ומסתמא הגיע לט"ת ויש בו הרהור ערוה.

ומהרי"ט ח"א סימן מ"א תמה על התוס' דהא איתא בריש נדה איתא כיון דמגופא קמזיא לא אמרינן אוקמוה על חזקתה ופרש"י כיון דמועדת ועלולה לכך וכ"כ ר"י מטראני הרי היכא דעשויה להשתנות לא אמרינן אוקמה על חזקתה וכ"כ הר"ן בתשובה ע"ג על מקוה שהיה רגיל להיות מימיו מתמעטין שאין לסמוך על חזקתו הראשונה ויליף לה מקידושין דף ע"ט דהוא אומר שכ"מ כ"ש חזקת קטנות שבכל יום היא גדלה לפיכך לכן נדחק מאד בדברי תוס' והמציא מזה דין חדש בקבלה קידושין וספק הגיעה לכלל שנותיה ספק קטנה ליכא לאוקמה אחזקת קטנות ונראה דשאני הא דמקוה ונדה דבכל שעה אפשר שתשנה החזקה וכיון דרגילה להשתנות אין לאוקמה אחזקתה משא"כ קטן א"א להשתנות עד שיבא לזמן גדלות ותלינן עיבורו ולידתו בזמן מאוחר וכמבואר במרדכי ר"פ א"ל בביצה ספק נולדה בחול ספק ביו"ט י"ל הוקמה אחזקה ולא נולדה עד היום ובזה י"ל קושית מהרב"א שם למה לא הקשו תוס' קושייתם מספק הביאה שתי שערות דהתם ודאי בפסול תרומה איירי ולפימ"ש י"ל משום דבכל שעה אפשר שתביא שתי שערות אם הגיעה לשני גדלות ועשוי להשתנות ובי"ע תירץ דלענין ב' שערות יש חזקה דרבא ול"כ דא"כ מה קמ"ל רבא תנינא.

ובתוס' יבמות שם תלו כגון דהשתא דאתי קמן הוי ודאי בן תשע אעפ"י שהיה ספק כשבא עליה לא מוקמינן ליה אחזקה קמייתא אלא אזלינן בתר השתא שהוא ודאי בן ט"ת דחזקה קמייתא אתרע ליה עכ"ל.

ומהרי"ט שם תמה על התוס' דהא בריש נדה מוכח דבכל חזקת הגוף מוקמינן לעולם אחזקה קמייתא אע"ג דאתרע לה השתא כמו מקוה שנמדד ונמצא חסר ובפרק בכל מערבין תנן תרומה שנטמאת ספק משהניחה אוקמוה על חזקת טהרתה ובתוספתא דטהרות פ"ה אבריתא דנגע באחד בלילה וא"י אם חי אם מת ולמחר השכים ומצאו מת דמודים חכמים לר"מ דבראוהו חי מבערב שהוא טהור משום דמוקמינן ליה אחזקת קמא דהיה חי א"ד ולפימ"ש לעיל י"ל כיון דבא עליה אתרע חזקתו דרגל"ד דראוי לביאה ס"ל לתוס' דעכ"פ כשים חזקת דהשתא

דהשתא אמרינן כשעת מציאתו וכה"ג כתבו נה"ך ביו"ד סי' שכ"ז ובכ"ם במועד קטן לענין מפקח את הגל.

עוי"ל לפימ"ש במקו"ח סימן תס"ז סקי"א בסופו דרק לענין טומאה לא מטמאינן למפרע דכל ספק טומאה מסוטה גמרינן וכל ספק טומאה דא"א למילף מסוטה טהור ותוס' בריש נדה כתבו דלמפרע א"א למילף מסוטה הוי כמו ספק טומאה בר"ה דטהור ומשום חזקת טהרה כמ"ש תוס' בסוטה דף כ"ח אף דאתיילד ריעותא משא"כ באיסור דקי"ל כל דאתייליד ריעותא לא אזלינן בתר חזקה ואסרינן לה עיי"ש ה"נ כיון דכשבא לפנינו הוא בן תשע חזקה קמייתא אתרע ליה וס"ל לתוס' הא דנפסלה לתרומה משום דנבעלה לפסול הוי כשאר איסורין דהפסול משום זרות כדיליף ביבמות שם מכי תהיה לאיש זר ועיין בפרק כסוי הדם דף פ"ו ע"ב דאמרו אם אמרו ספק טומאה לטהר יאמרו ספק איסור להתיר ועיי"ש בתוס' בד"ה סמוך ובשו"ת רשב"א אלף רע"ז כתב אשה שנתקדשה וספק אם הגיעה לכלל שנותיה אנו חוששין שמא כבר הגיעה לכלל שנותיה ומקודשת היא דבר תורה עכ"ל כונתו דכיון אם אמת דגדולה היתה מקודשת דבר תורה לכן בספק אנו חוששין להחמיר ולא מוקמינן על חזקת קטנות כיון דארוסה במיתה וכדאיתא בפרק הזרוע בעון מיתה לא מקילין מחמת חזקה קמייתא עיי"ש פרש"י דף קל"ד ועתוס' רפ"ג דבכורות דף כ' בד"ה מחוורתא דכתבו דים חזקת שלא ילדה עד עתה ואין להקשות אתוס' דיבמות הנ"ל איך כתבו דים חזקת קטנות כיון רוב נשים מתעברות ויולדות א"כ נולד מעיקרא וכה"ג הקשו תוס' ביבמות פ' החולץ בד"ה וזו דל"ל הא' רוב רק במסך איזה זמן משא"כ ביום ויומים דהא בלא"ה אין דרך להתעבר רק סמוך לווסתן או לטבילתן ואפילו לענין בילה כתב המרדכי ד"ל חזקה דלא נולד עד היום ועיין פלתי בית הספק בד"ה וים לי בלא"ה דהקשה נמי בהא דפ' החולץ ספק בין תשעה לראשון כיון העמד אשה על חזקתה דהיתה ריקנית והשתא הוא דנתעברה כמ"ש תוס' בבכורות והג"א בפ"ק דחולין וכבר עמדתי על זה בחידושי ליו"ד סימן דע"ם וייםבתיה ועכ"פ חזינן דים לאוקמוה אחזקתה דלא נתעברה עד אח"כ וממילא ל"ל אולי הולד בין תשעה שנים משום דעשוי להשתנות דגדל והולך דהא כיון דים חזקה לומר דלא נולד מעיקרא א"כ א"א להיות בן תשע עד בא יומו.

ולמ"ג לל"ע במ"ש הרשב"א בתשובה לחוש בספק קטנה דבשלמא בהא דס"ל לאביי ורבא בפד"א דף ל"א בספק קרוב לה דחולצת ולא מוקמינן אחזקה דהתם נעשה מעשה שישתנה החזקה דזרק לה גט או קידושין וכן בפ' הזרוע דף קל"ד בעיסה ספק עד שלא נתגייר כיון שנתגייר נעשה מעשה לשנות החזקת פטור אבל בקדשה וספק היא קטנה לא נעשה מעשה שישתנה חזקת קטנות ולמה לא נוקמוה אחזקת קטנות דלא אתרע כלל ונראה משום דקי"ל בפרק המדיר דף ע"ד אדם יודע שאין קדושי קטנה כלום וקי"ל בפ' האומר דף ס"ד ע"ב לא מעייל איניש נפשיה לספיקא וגם קי"ל בכדי לא עביד איניש ואפילו בדיבור בעלמא א"א מוציא דבריו לבטלה כדאיתא בפ"ק דערכין דף ה' ועברכ"י יו"ד סימן רכ"א לכן מדנתקדשה וקדשה אם לא דקים להו שאינה קטנה לא הוי עבדי רגל"ד שהיא גדולה ועיין חו"מ סימן קל"ה ס"ה.

סי"ג אסורה לכל כהן היינו לכתחלה אבל אם נשאת לכהן ל"ת אח"כ ומאמין לדבריה ב"ש ולכאורה תמוה הא הוי כחתיכה דאסורה ומצאתי בב"מ תמה כן ונראה דס"ל להב"ש כיון שנשאת לכהן סתמא ומה שאומרה לבעל ראשון כאנסתי שעכ"ב וכמבואר ברמ"א יו"ד סימן קפ"ה ס"ג דאם באה ושוכבת אצלו הוי כנתנה אמתלא לדבריה והס"ך שכתב שם דחייב לשאול אותה למה ונתלה אמרה טא"ל דמודה הרמ"א דכל מה דאפשר לברורי מבררינן הרי כתב שם תוה"ש דמלשון הרמ"א לא משמע הכי וגם הס"ך לא קאמר רק משום דאפשר לברורי והכא אפילו תאמר עתה שבאמת נאנסה אינה נאמנת די"ל גם עכשיו עכ"ב רק ותחלה כשבאה ליכשא לאחר לריך לברורי אבל אם כבר נשאת א"א לברורי וכאן כ"ש מהך דנדה די"ל חזקה אינה מקלקלת עצמה להיות יושבת באיסור תחת בעלה השני כל ימיה וכעין שכתב הרא"ש בשילהי נדרים וכיון דאין בעל השני מאמין לדבריה הרי תולה שאומרה כן משום דעכ"ב ומ"ש רמ"א ביו"ד שם והוא יודע ומכיר שזה שאמרה תחלה טמאה אני עשתה מחמת קטטה שא"ה דהוא יודע אם היתה קטטה אם לא אבל כאן א"א לו לידע אם בעלה ראשון לא מתקבל עליה ועוד שאני התם דאינו רק לפי שעה משא"כ הכא להוליאה לגמרי איני חייב מספק כיון דים רגל"ד מדנשאת לו אמרה תחלה רק משום דעכ"ב וכן הוא בחו"מ סימן פ"א סכ"א דבהודה תחלה בחייב לפלוני ואח"כ תובעו פלוני והוא אומר איני חייב אף דאינו מוליא אמתלא שלהשטות או שלא להשביע הודה אין מוליאין מידו ואכן טענינן לו ומקור דברי רמ"א ביו"ד שם ממהרי"ל סכ"ב ושם לא תלה ההיתר דבאה ושכבה אללו דהוי כנתנה אמתלא מחמת שהבעל יודע ומכיר דמה שאמרה תחלה טמאה אני מחמת שהיה לו קטטה עמה אלא מהרי"ו כתב כיון דבאה מעלמה ושכבה אללו הוי ליה לאסיק אדעתיה ולתלות הסרחון באביה דאל"כ לא היתה מתקרבת אללו עכ"ל הרי דכל התליה רק מחמת דנתקרבה אללו ולא משום שהוא יודע ומכיר אע"כ ק"ל לרמ"א כיון דאין לו קטטה עמה מסתמא בקוסטא אמרה שהיא טמאה ועכשיו ילרה אלבשה ואל אישה תשוקתה וגוף דברי רמ"א ל"ע דאם יודע ומכיר שמה שאמרה תחלה טמאה אני עשתה מחמת קטטה מה לורך בהתקרבותה אללו בלא"ה משועבדת לו ואינה יכולה לעשות עלמה עליו חתיכה דאסורה ועיי"ש בא"ב בהגהות על טו"ד אע"כ דזולת מה שנתקרבה אללו לא היה יודע ומכיר וז"ל ד"מ שם וכתב מהרי"ו סכ"ב דאם היתה בקטטה עם בעלה ואמרה לו טמאה אני ואח"כ אמרה טהורה אני ומה שאמרתי תחלה מחמת הקטטה שהיתה ביני ובינך עשיתי נאמנת ולא עוד אלא בסתם אם היא באה ושוכבת אללו א"ל לפרוש דודאי הואיל ושוכבת אללו ודאי טהורה היא ותחלה מחמת קטטה עשתה עכ"ל הרי דלא הזכיר כלל אם יודע ומכיר ומה שכתב דאם היתה קטטה משום דאל"ה גם באמרה בפירש האמתלא לא מהני דהא יודע שלא היתה קטטה והרמ"א דלא הזכיר תחלה שהיתה קטטה לכן סיים והוא יודע ומכיר שמה שאמרה תחלה טמאה אני היתה מחמת קטטה וכונתו שיודע שהיתה קטטה ומכיר מחמת ששכבה אללו שתחלה מחמת קטטה אמרה טמאה אני ועיין מהרלב"ח בהגהות ד"מ שם שמגיה הא דא"ל לפרוש וכתב דל"ל דא"ל לשאלה וכ"ל

וכ"ל ראיה מחגיגה דף י"ד בהא דשאלו לב"ז בתולה שנתעברה מהו לכ"ג דאמר שם שמא באמבטי נתעברה והקשה שעה"מ שפי"ז מהא"ב הא אפילו לר"ג דנאמנת כוונר מכשר נתעברה הייינו באומרת והתם הא אינה אומרת עיי"ש דהניח בקושיא אבל לפימ"ש כיון דכישת לכ"ג סתמא כמי כאומרת דמותרת לו אך בלא"ה לק"מ וגם לר' יהושע מסכחת דדרה בשכונה דאין שם פסול דאמרינן ככנ"ה כמ"ש ב"ש לקמן ס"ק ל"א ול"ג וגם ב"מ דחולק עליו מודה אם כל העיר כשרים.

ער"ב הב"ש וכ"כ הב"ח וכתב הב"מ ולא מלאתי וכנראה דז"ל הטור אשת כהן שאמרה לבעלה כאנסתי או שגגתי ובא עלי אדם אחד או שבא עד אחד והעיד לו עליה שזינתה בין באונס בין ברצון אינה אסורה לו שמא עכ"ב ואסורה לכהן אחר בעדותה אחר מות בעלה דשויתה לנפשה חתיכא דאיסורא ואם היא נאמנת לו או העד נאמן לו וס"ד לדבריהם יוציא כדי לצאת ידי ספק עכ"ל וכתב הב"ח דמ"ש רבינו דין זה גבי כהן אע"ג דבישראל נמי דיכא הכי משום דכ"מ הכא גבי כהן ג"כ דבע"א אפילו לכהן אחר אסורה לו אם העד נאמן לכהן האחר ואפילו כשהוא יוציא כדי לצאת ידי ספק עכ"ל וקשה מה רבותא אפילו לכהן אחר אדרבה מה לכהן ראשון דנשאה בהיתר יוציא אם העד נאמן לו כ"ש כהן האחר דנשאה אחר שנולד הספק ולא הוי לו לישאנה וכנראה דבהגהות תוי"ט כתב דמ"ש הטור שמא עכ"ב אינו מדוקדק אחר מש"כ דע"א העיד ולעי"ד כונת הטור דהאשה אינה מכחשת העד מ"מ מותרת לבעלה דשמא עכ"ב וכדעת החמ"ח בסימן קע"ו ס"ו ס"ק כ"ו.

וא"ב כשנשאת לאחר הרי חשוב כודאי חזרה בה ונתנה אמתלא שמשום דעכ"ב אמרה שזינתה והודית להעד והאמתלא מועיל א"כ הוי ע"א בהכחשה דדעת הרשב"א בתשובה סימן אלף רל"ז דבמכחישתו להעד אף דדעת הבעל סמכה על העד ונאמן לו אינו חייב להוציאו הובא במל"מ פכ"ד מה"א ה"ז ונמגם עליו גם בשו"ת רעק"א זלה"ה הביאו והביא חולקים עיי"ש סימן ל"ט וק"א לכן קמ"ל הב"ח דבעל השני חייב להוציאה אף דכבר יש כאן חזרתה א"כ מבואר מדברי הב"ח דמה שנשאת לשני הוי אמתלא וחזרה מדבריה הראשונים ולולא דמאמין להעד אינו חייב להוציאה וכ"כ הב"ח לקמן סימן קע"ו ס"ו וקי' קע"ח ס"ה דאפילו האשה מכחשת להעד אם הבעל מאמין העד חייב להוציאה.

וברש"י פי' האומר דף ס"ו אהא דא"ל שמואל להתוא שמיא אי מהימן לך זיל אפקה דמפרש רבא אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה ופרש"י אפקה הואיל ולא הכחישתו הרי מבואר דאם מכחישתו אף דמהימן לו כבי תרי א"ל להוציאה ואח"כ עייכתי בשו"ת הרשב"א אלף רל"ז שהוכיח כן מדברי רש"י הללו והוכיח שאינו ט"ס ברש"י ותימא על הב"ח שלא הרגיש בזה וכנראה דיש להבין ברש"י דהוא מפרש ולא פסקן מי הכריחו לזה דפירש הגמרא א"ל לזה כלל וכה"ג עמדו המפרשים בכ"ד.

ונראה לפימ"ש תוס' ברים זבחים ב' ע"ב דאם זינתה אשתו אינו מחויב לגרשה רק אסור לדור עמה והנה הכא דליכא עדים ולרבא אינה אסורה עליו רק משום דמהימן לו הע"א כבי תרי א"כ מחויב ליתן לה כתובתה כשיגרשה וא"כ למה אמר שמואל זיל אפקה דילטרך ליתן לה כתובה ושמא אינו רולה בזה הל"ל אסורה עליך לכן פרש"י דאינה מכחישתו ולית לה כתובה.

ובגוף הדבר יש לחלק דהא כיון דמאמינו שאח"ד ומה כ"מ אם מכחשת אלא י"ל לפימ"ש הרא"ש ביבמות פט"ו דף קט"ו סימן ג' דבע"א יש לחוש שאומר בדדמי וא"כ כהי דמהימן לו שאינו משקר מ"מ שמא מחמת שראה רגל"ד אומר בדדמי מכח אומדן דעתו אך מבואר בתה"ד סימן רכ"ב בפסקים ולקמן סימן קע"ו דברגל"ד כשאומרת טא"ל נאמנת ולכן דוקא כשאינה מכחישתו דשתיקה כהודאה כיון דיודעת בנפשה ולכן אם אומר דמהימן לו שלא יאמר זנתה מחמת בדדמי דג"ז חשוב קלת משקר כשאומר דברור לו על מה דאינו רק בדדמי כמ"ש תוספות ביבמות ר"פ האשה שלום בד"ה אי אמרינן אזי אסורה עליו ובזה א"ש לרבא דמפרש אי מהימן לך כבי תרי איך אמר שמואל רק אי מהימן לך כיון דלריך דוקא להאמינו כבי תרי ועיקר חסר אע"כ הואיל ולא הכחישיתו אף דיאמר העד רק בדדמי מכח רגל"ד סגי וממילא הוי כבי תרי אם מהימן לו דלא משקר במזיד וזה שהכריח לרש"י לפרש הואיל ולא הכחישתו ולכן לא פירש שמואל אי מהימן לך כבי תרי דאז הייכו יכולין לטעות דלריך להאמין לו כבי תרי שאין אמרים בדדמי ומפרש"י בקידושין דף ע"ג ע"ב בהא דמקשו בידו הוכיחו אחרונים דס"ל דטעמא דע"א א"כ משום דלא דייק.

ולולא דברי הרשב"א היה כ"ל דאין ראיה מפרש"י לכדון דהרשב"א שאמר הבעל דהעד מהימן לו דבשלמא באמר י"ל שאח"ד לא מבעיא למהר"י באסאן דמשום כדר אתי עלה דלריך שיוליא מפיו דוקא והוא מימרא דשמואל בשבועות כ"ו ע"ב וגם למ"ד דמשום הודאה וילפינן לה מאשר יאמר כי הוא זה כמו שפרש"י בקידושין דף ס"ה ע"ב דהודאות בע"ד כמ"ע משום דכתיב אשר יאמר כי הוא זה ובזה"כ וכמ"ש בקלו"ח סימן ל"ד סק"ד וא"כ אין לנו רק מה דגילתה התורה שאמר בפיו ולא בלבו ולכן שמואל דאמר להתוא שמיא אי מהימן לך הרי דלא אמר השמיא בפירש דמהימן לו דא"כ הל"ל כיון דמהימן לך א"כ אין בזה משום דשאח"ד רק משום דנאמן הוא בעיניו רגל"ד דהדבר אמת ומשום רגל"ד אין לאסור רק כששותקת דהוי כמודה וכמ"ש לכן פרש"י הואיל ולא הכחשיתו.

ודעת הרשב"א כראה מבואר מדבריו דגם באומר דמהימן לו כבי תרי כ"ז שאינו אומר דראה בעלמו ליכא משום שאח"ד ומן הדין מותרת לו דאף דמהימן ליכא שני עדים וכדאיתא בפי' הכותב דף פ"ה וביבמות דף ק"א מפקינא ס"ד קרענא ס"ד אף דקים ליה בגויה דלא משקר והא דאמר שמואל אפקה רק הוראה לי"ש ולכן היכא דמכחשת כיון דיש תרתי לריעותא חדא דע"א בהכחשה אפילו בעלמא דלא דבר שבערוה לאו כלום הוא ובדבר שבערוה אפילו בלאו הכחשה לריך שני עדים כולה האי אין להחמיר ועל זה שפיר כתב הרשב"א במיוחסות לרמב"ן סימן קל"ג אלא שהרמב"ם כתב שאפילו שמע מפי עבד ומפי שפחה כל שדעתו סומכת עליו חייב להוציאה ועמדו האחרונים מה סתירה מלא לדבריו מהרמב"ם ולפימ"ש א"ש כיון דעבד ושפחה בעלמא פסולי לשקר אפילו שני עבדים א"כ בשמע רק מעבד אחד הוי תרתי לריעותא ויותר מתרתי לריעותא בע"א בהכחשה דהא בתו"מ סימן כ"ב איתא קיבל עליו פסול אחד כתרי הוי תר"ל ולא מועיל בלא קנין ובע"א כשר

בהכחשה

בהכחשה לא אשתמיט מי שיאמר דצריך קנין כשקבלו עליו דנהי דהוי כמי תרתי לריעותא מ"מ דוקא לענין לאסור אשה על בעלה דאינו רק מצד חומרא דרבנן אבל בחו"מ דקבלו על עצמו ובתר"ל דצריך קנין משום דהוי גוזמא כמ"ש רמב"ן פ"כ דף קכ"ח ובחידושי ר"ן פז"ב דף כ"ד בשם ר"א לא חשבוהו לגוזמא כ"כ וכמו בהשבע וטול אף דהוי כמי תרתי לריעותא מ"מ א"צ קנין משום דאינו גוזמא עיי"ש.

ב"ש ס"ק כ"ז שאסרה עצמה נראה אם נשאת לכהן בניה כשרים דאינה נאמנת לפסול בניה דדוקא לאב נתנה התורה נאמנות וב"מ כתב כיון דבניה נ"ל א"כ ממילא ספקי חללים הם כיון שנכנסה בזו ורא' ביבמות דף מ"ז דשאלו ר"י יש לך בנים מכ"מ הנ"ל אי אתה נאמן לפסול בניך דמשמע בין היה לו כבר בין שיוולדו אח"כ ולכן אמר שם בברייתא דנאמן על בנו קטן שאין לו בנים משום יכיר וברור שאם בנו ודאי ממזר ואף מה שיוליד אח"כ דאין סברא שכשיוליד יוחזר לכשרותו ואף שאין שום נאמנות לאב על ב"ב ש"מ שממילא נמשך כיון שבשעת אמירתו ליתנייהו בעולם את"ד וגם ביש"ש פ' החולץ סימן מ"ח כתב דבאומר נתגיירתי בלב"ע הבנים אבל יוליד אח"כ בחזקת נכרים הם כיון שאינם מכחישים אותו א"כ מיד שנעשה חד"א לא יצא לכלל היתר עיי"ש ולפמ"ש לעיל היכא דנשאת שהם הוי כחזרה ונתנה אמתלא ולכן אין מוציאין מבעלה כהן כיון דלראב"ד מהני אמתלא אף דרמב"ם פליג א"כ ה"נ לאו בתשיעי עסקינן דעמדה בדבריה שנאסרה ובאיסור נשאת לכהן רק נשאת סתם וחשוב כאמתלא והוי ס"ס שמא כראב"ד דמהני אמתלא וודאי לא נאנסה ואת"ל כרמב"ם מ"מ אינה רק ספק דאינה נאמנת על הולדות שתהא כודאי אך אאת"ל דנשאת בפירש באיסור מ"מ י"ל שאני הכא כיון דאונס לא שכיח והוי רוב כמ"ש תוס' בפ"ק דכתובות דף ט"ו ואף דכתבו שם דהוי רק רוב מדרבנן היינו התם דרוב נשים בח"כ ולא תלינן שזינתה ברצון וודאי זינתה כיון דמצא פ"פ כמ"ש פ"י שם וא"כ הכא נהי דלגבי עצמה שאח"ד אפילו כנגד עדים מ"מ לענין בניה נהי דאין להם ח"כ הא רוב עדיף מח"כ ולפימ"ש יש"ש בהכחשת ברי לא נמשך האיסור ה"נ כיון דיש רוב הוי כברי ושמא וכדאיתא בפ"ב דכתובות דף ט"ז ועיי"ש בתוס' דגם מה דקאמר ה"נ מסתברא ס"ל כברא זאת דכבו"ש דמי ואאת"ל דרק המקשן שם ס"ד הכי היינו שיהיה כבו"ש אבל כברי וברי לכ"ע דלא יחלוק התרצן על המקשן בפלוגתא רחוקה והכא א"צ רק שיהא כברי וברי.

ומה שהקשה הב"מ מהא דנאמן האב על בנו קטן וממילא נמשך על בנים שיוליד אח"כ לא ידענא מה ק"ל דהתם כיון דתורה האמינו משום יכיר הוי כודאי וממילא נמשך משא"כ האם דאינה נאמנת רק לגבה שאח"ד אף דהאמת שלא נאנסה צ"ל שכבר הוחזקה בזונה וכמ"ש לעיל סימן ג' ס"א על דברי המל"מ.

ומה שהקשה ממה דשאלו ר"י יש לך בנים י"ל דעל בנים שיוליד אח"כ נאמן משום דבידו לילך למקום שלא הוחזק בישראל ובגר צדק ואזי יפסלו בניו שיוליד כיון דאביהם לא הוחזק בכשרות שם ובניו לא הוחזקו ועיי"ש בפרש"י בד"ה ואין עדות לנכרי הואיל ובניך מוחזקין בכשרות אין אתה נאמן להעיד עליהן ולפסלן משא"כ כאן דהאשה הוחזקה בהיתר לכהן רק דשאח"ד לא מרעא חזקתה לבניה ואדרבה חזקתה מהני לבניה דנאמן דמכשיר בה מכשיר בבתה כדאיתא בפ"ק דכתובות דף י"ג ע"ב ואף שהאם לא באה לפנינו להתירה מפני חזקתה לבנה כמ"ש תוס' בקידושין דף ס"ו בד"ה מאי ואף דאין זה מגו דשמא לא ניחא ליה לנוד ממקום זה מ"מ כל שבידו לאו משום מגו הוא כדמוכח בקידושין דף ס"ד דפריך הא בידו להשיאה לממזר ומה מגו הוא שמא אינו רוצה לעשות איסור זה ולהרבות ממזרים אע"כ כל שבידו א"צ משום מגו ועש"ך יו"ד ר"ס קכ"ז ולפ"ז י"ל עוד דלפסול בניו שיוליד הוא בידו דישא נכרית דהולד כמוה אך לשיטת תוס' ביבמות שם שכתבו דר"י ס"ל נכרי הבא על ב"י הולד ממזר י"ל דאין בידו לישא ממזרת דשמא לא תרצה לישא אותו חדא דממזרים לא שכיחא כולה האי ועוד שתעשה איסור וכדפריך שם בקידושין אלו אמר האי דלא ניחא בגוה ועיי"ש פרש"י בד"ה ותסברא ולפימ"ש תוס' בספ"ק דיבמות דף ט"ז ע"ב בד"ה נכרי דלמ"ד נכרי שבא עב"י הולד ממזר ה"ה איפכא ישראל שבא על נכרית א"כ ה"נ בידו דשכיחא לו טובא הוי בידו.

ענ"ב הב"ש ואם האב אומר דמאמין לדבריה יכול לעשות לבניו חללים שנאמן לומר ב"ג הוא וכתב הב"מ היכן מצינו שנתנה תורה נאמנות ע"י יכיר במה שבעצמו א"י ומאמין לאשתו ועיין תשובת הרא"ש כלל פ"ב גלל כן תמה על הרמב"ם שהאמין לומר על בן פנויה שהוא ממנו לירושה ואף הרמב"ם לא האמינו לענין יבום עכ"ל, ולענ"ד הא מבואר ברמב"ם פרק ח"י מהא"ב וכאן בש"ע דמאמין לדבריה יוציא כדי לצאת ידי ספק ואיך כתב הב"ש דבניו חללים אע"כ צ"ל כונתו ספק חללים וכן נראה מהא דפ' הכותב דף פ"ה וביבמות דף ק"א דקי"ל בגוה דלא משקרת לא מפקינן ולא קרענן דחשוב רק ספק ורגל"ד וא"כ אין סתירה מדברי הרא"ש ורמב"ם כיון דהאמנה אינו עושה רק ספק לא יוכל לירש ולהוציא מחזקת שאר יורשים ודאין וא"י לפוטרה מן החליצה ולפימ"ש לעיל סימן ד' סכ"ו ביישוב קושית הרא"ש על הרמב"ם דלענין ירושה כיון דתורה האמינו דכתיב יכיר לא חיישינן דאומר בדדמי משא"כ לפטור אמו מאחיו דחב לאחיו לא האמינו התורה א"כ י"ל מ"ש הב"ש דנאמן לעשות בניה חללים במה שמאמינה אף דכתבו רמב"ם וש"ע יוציא ומספק התם משום דנהי דמאמינה משום דאומר דקים ליה בגוה דלא משקרת אכן חיישינן דטועה בדמיונו ולכן כתב רק יוציא מספק לומר דאין ב"ד כופין אותו להוציא כמ"ש הרמב"ם בפכ"ד מהא"ב הי"ח דשמא טועה והוי גט מעושה שלא כדין כיון דאינו רק ספק אבל לענין לעשות הבנים חללים כיון דנאמן לומר בני זה בן גרושה משום יכיר ולא חששה התורה דאומר בדדמי אי אפשר לנו ג"כ לחוש ונאמן לעשותם חללים בודאי ולפ"ז יש ראיה להב"ש מדברי רמב"ם הללו דהא הרמב"ם עצמו כתב שם פ"ג מיבום ה"ד מאין יודע שהוא בנו שמא כשם שזינתה עמו זנתה עם אחר ומ"מ כתב דנאמן לענין ירושה וע"כ משום דאמר שהוא בנו קים ליה בגוה דלא זנתה עם אחר וכיון דתורה אמרה יכיר ל"ח דאומר בדדמי ה"נ לענין לעשות חללים מפני מה שמאמין לדבריה דקי"ל בגוה דלא משקרה וגם הרא"ש שחולק על הרמב"ם היינו דמשמע לו מלשון הרמב"ם דלאו משום דמאמינה דהא לשון הרמב"ם בפ"ג מהלכות יבום מי שזנה עם אשה בין פנויה בין א"א ונתעברה ואמר זה העובר

ממנו

ממנו הוא ואפילו היא מודה לו אע"פ שהוא בנו לענין ירושה הר"ז ספק לענין יחוס כשם שזכתה עם זה וכו' הרי דזה אומר זה העובר ממנו הוא קודם שהאשה מודה לו ועוד דלשון ואפילו היא מודה לו משמע דזה רק רבותא אבל הדין דהוא בנו ליורשו בין היא מודה לו בין לא ולכן נ"ל רק מה שאומר זה העובר ממנו דחושב שלא זנתה עם אחר ולזה כתב הרא"ש דאכן שהדי דאומר בדלמי דמכין יודע שלא זנתה עם אחר אבל כאן דבעלה אומר דמאמין לה שנאנסה עם אחר י"ל כיון דאומר דמאמין ותורה אמרה יכיר האמת אתו דאינה משקרת וראיתי אח"כ בס"מ ס"ב פ"כ דפירש דברי הרמב"ם דהוי בנו ליורשו משום דמאמין לה וזה אינו וכמ"ש ועיי"ש שהקשה ממ"ש הרמב"ם פט"ו מהא"ב ה"ב שאמרה מפלוני הממזר נבעלתי אפילו אותו פלוני מודה שהוא ממנו הר"ז הולד ספק ממזר ותירץ דאפשר דמיירי שאינו מאמין לדבריה עיי"ש ועדיין קשה מ"מ הא אומר שהוא ממנו ותורה אמרה יכיר ונאמן לומר בני זה ממזר ונ"ל כמו שפרשו הראשונים שבאה"ז פ"ק דכתובות בהיא ארוס וארוסתו דהיא אומרת ממנו והוא אומר אין מנאי דהיינו שאומרת שנבעלה מהארוס והוא מודה שנבעלה ממנו ומכח זה אומר שהוא ממנו דלא דייקה מעלמא כנ"ל דברי הרמב"ם אבל לא שיודע בבירור שהולד ממנו מחמת דמאמינה או קים ליה בגוה שלא זנתה עם אחר ועיין חמ"ח לעיל סי' ד' סק"ו דכתב הס"ע אפילו אם מודה אותו פלוני שנבעלה לו וכתב עלה החלקת מחוקק זה הוא לשון הרמב"ם פט"ו מהא"ב עכ"ל ובאמת ברמב"ם שלפנינו אין הלשון כן רק אותו פלוני מודה שהוא ממנו ועכצ"ל או דכך היה הגרסא ברמב"ם שלו או דמפרשו כן וכמ"ש.

ועדיין ל"ע לפימ"ש הר"ן בקידושין פ' האומר דף ס"ד וז"ל ואחרים אומרים דכיון דמה שהאמינה תורה לאב חדוש הוא שהרי לא היה ראוי להיות נאמן יותר מע"א דעלמא דהיינו שנאמין אותו באותה טענה עצמה אבל אין אומרים מגו דאין לנו בו אלא חדושו בלבד עכ"ל ה"נ כיון הא דאמרה תורה יכיר חדוש הוא דלא היה ראוי להיות נאמן יותר מע"א דעלמא דהיינו שנאמין אותו כשיודע מחמת עצמו לא במה שאומר שמאמין לאשתו אך לפימ"ש הב"מ לעיל סימן ד' בהשמטה סק"ו דהא דהאמין התורה לאב לפסול בנו טעמא רבה יש בזה שירדה תורה בסו"ד של אדם שאין אדם בעולם שיפסל אפילו ספק זרעו בפיסול ברור ולולא שיודע בודאי שאין זה בנו לא היה מעידו בממזר עכ"ל ולפ"ז אינו חידוש וה"נ מהני כשאומר שמאמינה דאם היה ברור לו שאינה משקרת לא היה פוסל בנו.

ויל"ע לפימ"ש בש"מ ס"ו פ"א דאפשר אין האב נאמן אלא לפסול בניו שבעולם כדיליף לה מדכתיב יכיר יכירנו לאחרים ובהכרה ליתיה אלא כשבא לעולם בחיי אביו וכדאיתא בב"ב דף קמ"ב בכור שנולד לאחר מיתת אביו אינו נוטל פ"ש משום דכתיב יכיר אלא דבעי' דף ע"ה תנן בהדיא דנאמן על עובר עיי"ש ולפ"ז י"ל דוקא עובר דבשלמא לענין בכורה כ"ז שלא נולד א"א להכיר אם זכר או נקבה דל"ש בכורה לירושה בנקבה אבל לפסול בממזרת הוי הכרה גם בעובר אך דוקא אחר ארבעים יום ליצירה דמקודם הוי מיא בעלמא וכדאיתא בס"פ אלמנה לכ"ג ובש"ך חו"מ סימן ר"י וא"כ אם אמר הכהן דמאמינה שנאנסה טרם ארבעים יום ליצירה לא חשוב הכרה ול"ל כיון שהגיד ויסנו בחזרה או אם מת אח"כ.

ולפ"ז י"ל קושית ב"מ הנ"ל על הב"ש למה שאל ר"י יש לך בנים הל"ל סתם אין אתה נאמן לפסול בניך דכולל שנולדו ושיולדו אח"כ ולפימ"ש י"ל דמה דאמר אין אתה נאמן לפסול בניך היינו אף דיעמוד בדיבורו עד שיתגייר שנית בפני שלשה וכן משמע מסתימת כה"פ תדע דאלת"ה הרי ליהמן משום דבידו להתגייר אף דאיתא בקידושין דף ס"ב ע"ב דלאו בידו מי יימר דמזדקקי ליה תלתא הא כתבו תוס' שם וכן קי"ל דסגי בשלשה הדיוטות ובפרק כירה דף מ"ו ע"ב מבואר היכא דסגי בהדיוטות לא אמרינן מי יימר ועכצ"ל שאני גר דקשין גרים לישראל כספחת לכן לא מזדקקי ליה בקל או כמ"ש בחיבורי ערך ש"י על חו"מ סימן ל"ה דלענין עדות חשוב בידו ולא לדשלב"ל וא"כ כאן דע"כ כבר גר הוא אף דנאמן לפסול א"ע היינו רק לחומרא דשאח"ד ועומד להתגייר בפני שלשה כיון דע"כ גר הוא למה יעמוד בחוץ וכיון דבידו ועומד לכך אף דאין עדות לנכרי מהימן משום דבידו וכמו בעל דמדינא א"כ לומר גרשתי את אשתי דקרוב הוא ואין דבר שבערוה פחות משנים ומ"מ נאמן משום דבידו לגרשה כדאיתא בפ"כ דף קל"ז ע"ב ובקידושין דף ס"ד אע"כ צ"ל דאפילו כשיגייר בפני שלשה לא יהא נאמן על בנים שנולדו כבר כיון דזה מיחשב עדות וכדאמר הש"ס לדבריך נכרי אתה ואין עדות לנכרי וכדדייק הב"מ כאן לענייננו א"כ צריך שיהא תחלתו וסופו בכשרות וככל עדות דאם אין תחלתו וסופו בכשרות פסול וכדאיתא בחו"מ סימן ל"ג ועש"ך סי' ל"ה סק"ז וכיון דלדבריו עכו"ם היה כשהיה ראוי להכירם תו לא מהימן לעולם אבל בניו שלא הוכר עוברם ולא עברו מ' יום ליצירה דלאו בני הכרה נינהו צ"ל דהוי תחלתו בפסול א"כ מהימן עליהם מיד משום דבידו ועומד להתגייר ועכ"פ כשיתגייר יהא נאמן לומר דבתחלת הורתם היה עכו"ם לכן לא היה אומר אין אתה נאמן לפסול בניך סתם רק על בנים שיש לו דהיה בשעת ראיה בפסול דילפינן מאו ראה או ידע א"ל יגיד דל"ל כשר בשעת ראיה ובשעת הגדה כדאיתא בסמ"ע סימן ל"ג ושעת ראיה אינו רק כששייך עדותו כשראה ועיין שו"ת רעק"א סימן קי"ה אהא דאין עדות לנכרי דנאמן במגו דבידו.

ועיין יש"ש פרק החולץ סמ"ה די"מ לפירוש הרי"ף שכתב דלא צריך שלשה לגר אלא לגביה דידיה אבל לגבי בניו סגי בשנים והקשה א"כ כשאמר נתגיירתי ביני לבין עצמי דשאלו ר"י יש לך עדים דמשמע שאם היו עדים כשנתגייר היה פוסל את בניו נמי ותירץ דה"ק יש לך עדים שהודית בפניהם קודם שהיה לך בנים דאז הבנים שהוליד אח"כ פסולים כיון דשאח"ד שוב לא יצא לכלל היתר ואינו דומה לכשהוא אומר קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני הוא אסור בקרובותיה ומ"מ אם בא עליהן לא פסלן דהאם שאני שהאשה מכחישתו עיי"ש וקשה דאם משום דשאח"ד שוב לא יצא לכלל היתר מ"ם בהכחשה סוף שאח"ד ולפימ"ש בלא"ה א"ש דאל"ל משום דשאח"ד דאם אמר לפני עדים שנתגייר בלב"ע תוך ארבעים יום ליצירת הולד נאמן במגו דבידו להתגייר בפני שלשה ויאמר גם אח"כ דתחלת יצירת הולד הוה בגיותי דאז ל"ל דתחלתו בפסלות כיון דאז לא היה הולד בן הכרה וכשבא לכלל היכר נתגייר בפני שלשה ויש עדות לאב שהוא ישראל וא"ל כיון דבתחלת יצירתו היה נכרי יהא תחלתו

תחלתו בפסול דהא דעת הריב"ש בסימן של"ט דאם היה בשעת ראייתו בע"ד וא"כ חולק עלמו כאמן דל"א תחלתו בפסלות כיון דאז היה בע"ד ואינו בגדר עד ויליף לה מהא דפרק חז"ה גבי תנו מנה לבני עירי דאין דנין עפ"י בני אותו עיר דפריך וליסלקו בתרי ולידייניה והרי הוי תחלתו בפסול אע"כ דבע"ד דאינן בגדר עדות ל"א תחלתו בפסלות עיי"ש הרי אף דאחר הסלוק מעידין על מה שראו בשעת פסלן וא"כ אם היה אומר דבכר הודה בפני עדים היה מוכרח לשאלו אם לא היה אז תוך מס יום ללידת הולד וכשאמר אין לו עדים קפקיק ואמר דאינו נאמן לפסול הבנים שיש לו.

בהתיכה דאסורא בהשגות הראב"ד פח"י מהא"ב הסיג דאם אמרה אחר מיתת בעלה לא אמרתי אלא כדי שיגרשני בעלי למה אינה נאמנת והלא לא הודת על עלמה הודאה לאיסור ולא נתקבלו דבריה כלל והרי אשה שאמרה א"א אני וא"כ אמרה פנויה אני ונתנה אמתלא לדבריה נאמנת אף בזו אם היתה קטנה ביניהם אמתלא גדולה היא זו עכ"ל וקהו בה כו"ב הא"ע סימן ח' וי"א וב"מ דתחלה אמר משום שלא נתקבלו דבריה ולבסוף מייתי ראיה מאמרה א"א והתם מהני אמתלא אף דנתקבלו דבריה וכתב ב"מ דכונתו כמו בעדים לא מהני אמתלא ה"כ כ"מ דנאמן לגבי אחרים דהוי כודאי ל"מ אמתלא וה"כ כנשנה ראשונה דנאמנת לומר טא"ל הוי כודאי משא"כ באומרת א"א אני אינו רק ספק משום דשא"ד את"ד וכסברא זאת כתב החו"ד בסימן קפ"ה ולא זכרו מש"כ רמ"א לעיל סימן ד' סכ"ט הא דשאמר על בנו שהוא ממזר וחזר א"כ ונותן אמתלא לדבריו למה דיבר בתחלה כך נאמן ולא הביא שום חולק והרי באומר בני ממזר נאמן משום דכתיב יכיר ועמ"ש הקמ"ע ריש סימן רע"ט והוי ודאי ומ"מ מהני אמתלא ובביאור הגר"א הרלה מקורו מפי"כ קכ"ז ע"ב באמר עבדי וחזר ואמר בני נאמן ובאמת יש לדחות דשא"ה דמפרש דבריו ראשונים דמשמע לי כעבד משא"כ אמתלא דעוקר דבריו ראשונים אך יש ראיה מהתם דהיה עובר על בית המכס ואמר בני הוא וחזר ואמר עבדי נאמן משום אמתלא שאמר בני כדי לפטור מהמכס ומ"ש אמתלא דאמר בני להפקיעו ממכס מהכא דהיה קטנה ואמרה נאנסתי להפקיע א"ע מבעלה דהוי כמי אמתלא גדולה כמ"ש בהשגות שם ובריטב"א שילהי נדרים כתב דעכ"ב חזקה אלימא ואומדן דעתא דמוכח היא עיי"ש וגם ל"ע על חמ"ח סימן קע"ו ס"ק כ"ב וב"ש שם ס"ק כ"ד דלענין ממון ל"מ אמתלא דהודאת בע"ד לענין ממון כמ"ע דמי ומה תועיל אמתלא להוליא ממון מבעלה דלא כהגמ"ר ורמ"א שם והרי באומר בני וחזר ואמר עבדי ג"כ יש הודאת בעד לענין ממון דבנו אינו קנין כספו למוכרו ועבדו קנין כספו ומהני אמתלא ואולי יש לחלק דבעובר על המכס אינו מתכוין להעיד במה שאומר בני לענין יחוסה או להכשירו רק להפקיע ממכס אפילו אומר אמת ולא אמרה תורה יכיר רק כשאומר לתת לו פי שנים או לירושה וכדומה משא"כ אומרת טא"ל מתכוונת לאסור עלמה על בעלה כהן וזה עיקר אמירתה אך מ"מ רמ"א דלעיל סי"ד ס"ל אפי' באומר ממזר מהני אמתלא זה ודאי דלא כב"מ וחו"ד.

וביאור דברי הראב"ד כ"ל דלאסור על בעלה הוי דבר שבערוה כדאיתא בקידושין דף ס"ו וכן להתירה היכא דליכא חזקת היתר ועיין גיטין ריש פ"ק וביבמות דף פ"ח וברמב"ן שם ובחידושי רשב"א ריש גיטין וא"כ לנשנה ראשונה דטא"ל נאמנת ע"כ מטעם דאמר רבא התם משום דלא עבידא לבזויי נפשה ודאי קושטא קאמרה וער"ן במשנה שם וכיון דנתקבלו דבריה ונאסרה על בעלה יצאה מחזקת היתר עתוס' פ"ב דכתובות כ"ו ב' בד"ה אנן ולכן י"ל כשחזרה א"כ ונותנת אמתלא אינה נאמנת בדבר שבערוה דכהי דהאמתלא טובה מ"מ לא ידעינן אם אמת היא ולפ"ז י"ל דל"פ אהא דרמ"א דאמר ממזר יכול לחזור ע"י אמתלא כיון דתורה האמינו לאב הן לומר ממזר הן לומר כשר ואינו דבר שבערוה נאמן דזה האמתלא אמת וכן הא דפי"כ אמר בני על המכס וחזר לומר עבדי וכ"ז באמרה טא"ל לנשנה ראשונה דנאמנת להוליא עלמה משעבוד בעלה דל"ל שא"ד ע"כ משום דרגל"ד דקושטא אמרה אבל באמרה א"א אני דלא מפקעת א"ע משעבוד של אחר כל הימנותה רק משום דשא"ד לכן מהני אמתלא דלא יצאה מחזקת פנויה במה דשא"ד דאם יקדשנה אחר ודאי תלטרך גט וגם י"ל כיון דמתחלה אינה נאמנת דהוי דבר שבערוה רק שא"ד דהוי כנדר אין דינו כדבר שבערוה וכשנתנה אמתלא נאמנת דלא היה פיה ולבה שוה ועט"ז יו"ד סימן ר"ח סק"ב ועב"י ספ"ז דיבמות ובהגה"ה סכ"ט דלעיל סימן ד' ובחמ"ח וב"ש דהעיקר כמו דנתנה תורה נאמנות לאב על בנו לפסלו כן יש לו נאמנות להכשירו.

עוד אפשר לומר לפימ"ש בר"ן וש"ג פ"ק דע"ז אהא דחכם שאסר אין חכם אחר רשאי להתירו בשם הראב"ד דאעפ"י דהשני מראה לו טעמים שטעה ומודה לו חכם הראשון שטעה מ"מ לא מהני התירו של שני הואיל ונפקא עליה שם דאיסורא הוי ליה חתיכה דאיסירא אף דמודה ראשון דטעה בשיקול הדעת זולת אם נוגע לזכות וחיוב אחר עיי"ש ובמהרי"ק שרש ל"ג כתב בעד המעיד על שוחט ששחט שלא כהוגן העד גופא יכול לחזור בו ולאכול ממה שישחוט להבא ולא אמרינן דשא"ד כמו נטמאו טהרותיך או נתנסך יינך דהתם חל עליהם שם איסור לעולם ואין להם תקנה ושייך לומר דשוינהו אנפשיה חד"א אבל הכא אפילו יהא האמת כדברי העד מ"מ אינו מוחלט לפסול עולמות דהא מהני לו אם ילבש שחורים ויעשה תשובה המועיל לכן אפילו לא עשה השוחט כן מותר העד לאכול משחיטתו שישחוט מכאן ולהבא ופסקו בש"ע יורה דעה סוף סימן א' ועיי"ש בתב"ש סימן ב' סכ"א דמהרי"ק מיירי דהעד חוזר בו ואומר שקר העיד כדי לצער השוחט בתשובה עיי"ש ולפ"ז י"ל דלא היה יכול הראב"ד להביא ראיה מאומרת א"א אני דהתם מהני אמתלא לומר שבטעות ילא עליה שם א"א כיון דיש תקנה לאיסור זה במיתת בעלה או גירושין משא"כ באומרת נאנסתי לאסור עלמה לכהן זה איסור עולמות ואם נתקבלו דבריה ילא עליה שם זונה ופסולה לכהן י"ל דלא עדיף אמתלא מחכם שאסר אף דבא מומחה ממנו ומברר לו שטעה והראשון מודה לו שטעה דה"כ האמתלא אינו דבר ברור לנו שהאמת כן הוא ויותר מבורר הא דחכם שני מברר והראשון מודה שטעה לכן הקדים הראב"ד דלא נתקבלו דבריה ולא ילא עליה שם פסול ולפ"ז שפיר מודה להא דהרמ"א דסימן ד' דאב שאמר על בנו שהוא ממזר דנוגע לזכות וחיוב של הבן מהני שפיר אמתלא אף דתחלה נתקבלו דבריו ול"ל דמהרי"ק לא אמר רק משום דבידו של השוחט לחזור בתשובה וכל שבידו לאו

כמחוסר

כמחוסר מעשה וכעין מה דק״ל דש״ך בחו״מ סימן ל״ה סק״ז לענין תחלתו וסופו בכשרות דזה איכו חדא הא כתבו תוס׳ בזבחים דף ל״ד ע״ב בהפרים קרבן והמיר כיון דאין דעתו לחזור לא חשיב בידו וה״נ השוחט מכחיש העד ואינו רולה לשוב וללבוש שחורים ועוד הא העד שוי׳ אנפשיה האיסור והוא איכו בידו שיחזור השוחט וגם מהרי״ק לא זכר כלל משום דבידו אע״כ טעמו כיון שלא ילא שם איסור עולמית ה״נ בידו לחזור כשנותן טעם ולא יהא אסור מאז והלאה דלא חשוב חל עליה שם איסור רק אם בודאי נאסר אבל אם הדבר מסופק לא חשוב שם איסור ולכן אלהבא דאפשר יעשה השוחט תשובה לא חל שם איסור.

ועיין בקו״א לש״ע התכיא ס״ס א׳ לתרץ קושית המל״מ מפ״ד דכתובות דמי שאמר בב״ד על עדים שהתמו שקר פ״א שוב אין עדותן מועיל לו לעולם ולא אמרינן שאין מוחלטין לפסול עולמית כמ״ש מהרי״ק דשאני דיכי ממונת דהודאות בע״ד כמ״ע דמי וא״י לחזור בו לעולם משא״כ בהו״ה שאיכו כאמן אפילו על עצמו כשני עדים אלא דלא יכול לחזור בו משום דשוי׳ על נפשיה חתיכה דאיסורא שאדם יכול לאסור על עצמו דברים המותרים כמ״ש כנה״ג הלכך׳ בשוחט דאיכו פסול עולמית אם חוזר בתשובה לכן גם העד יכול לחזור אח״ד ולפימ״ש בסימן ל״ד דגם הא בשאח״ד משום הודאות בע״ד כמ״ע דמי ה״נ הוי כמו לאומר על עדים שהתמו שקר ולזה הוליך הרמב״ס שם בפח״י מהא״ב וכתב שהרי הודה שהיא זוכה ואסרה עלמה ונעשית חתיכה דאסורה לומר דגם כאן חשוב הודאות בע״ד כמ״ע.

ובגוף דברי מהרי״ק י״ל דק״ל באיסור לאו משום נאמנות והודאה אמרינן שאח״ד רק דהוי כאסר על עלמו איסור בקונס וכאשר כתב מהרי״י באסן וכנה״ג והתכיא אך הא לא אמר בפירש דאוסר את עלמו רק מכח הוכחה אמרינן דאסר על עלמו ואסור מדין ידות נדרים אף דלא אמר בלשון מדוקדק לאסור על עלמו וכמ״ש הר״ן בפירושו לנדרים דף ב׳ ע״ב בשם רמב״ן בהוליא נדר בלשון שבועה או שבועה בלשון נדר ועוד הא לריך לומר קונס או לתפוס בדבר הנדור וכשאומר רק שאוסר עליו איכו נדר רק מתורת יד דאכן גמרינן דבריו כאלו אמר קונס או כקרבן וכמ״ש ר״ן בשבועות דף כ״ף וריטב״א ותוס׳ פ״ק דנדרים בד״ה שאני והרא״ש בפסקיו פ״ק דנדרים והנה ר״ע ס״ל דלריך הפלאה בנזירות דהיינו שיהא האיסור ברור בבעה שנודר לא כשהדבר מסופק ומתברר אח״כ ורבנן ס״ל דא״ל הפלאה וכתבו תוס׳ בסנהדרין דף כ״ה דלרבנן היינו משום יד והבאתי בחידושי ליו״ד סימן ר״ה מהריטב״א פ״ב דנדרים דיד ליד לא אמרינן עיי״ש וא״כ לענין פסול השוחט להבא דאיכו רק על ספק אם לא יחזור בתשובה לא חל האיסור רק משום יד וכיון דלא נדר בפירש ובקונס רק יד ליד לכן לא אמרינן שאח״ד משא״כ בממון דמשום הודאה באנו עליו ולא משום קונס ומ״מ פשטות לשון מהרי״ק כיון דיש תקנה בתשובה ואיכו פסול ברור לעולם לא חל עליו שם איסור.

סי״ד נאסרת עליו כתב ב״ש ס״ק כ״ח אא״כ קידש ובעל לאלתר דקי״ל פנויה שזנתה אם נשאת לכהן ל״ת וב״מ כתב כשיש לחוש שנבעלה לפסול לה דיכה חכון דבמוכחשת דהיא כאלמת דתלא א״ל שיש שני רובים להכשיר כדלקמן סי״ח וה״כ הוי ממש כרואה שנבעלה אח״ד ואיכו לפימ״ש הרא״ה בבד״ה בבית ד׳ שער שני דבאיסורא דרבנן גבי אשה אין ראוי להאמיכו על פיו לאוסרה עליו וא״כ הרי הא דלריך תרי רובא איכו מדיכא רק משום דמעלה עשו ביוחסין וכדאיתא בפרק קמא דכתובות דט״ו וגם בשא״י אם רוב פסולים אללה מן התורה יש לאוקמה אחזקת היתר שהיתה מותרת לכהן וחזקת אשה מזכה בודקת ומזכה ועתוס׳ פ״ק דכתובות דף י״ג ע״ב בד״ה השבתני ושו״ת הרא״ש סימן פ״ב דטעמא דר״ג דכאמנת וקי״ל הכי משום דאשה מזכה בודקת ומזכה א״כ משום דאמרינן אוקי איתתא אחזקתיה והיא בחזקת כשרות עד היום הזה עיי״ש וא״כ גם באיכה אומרת לכשר כבעלתי ומכחשת שלא מלא פ״פ לא אבדה הכי תרי חזקות ורק מדרבנן חיישינן וגבי אשה להוליאה מבעלה אין ראוי להאמיכו ולפימ״ש ב״ש לעיל סימן ד׳ ס״ק מ״ד דלא אמרינן מעכו״ם נתעברה א״כ סתמא רוב כשרים אללה דפסולים וקרובים מיעוטא כיכהו.

והנה לעיל כתבתי בישוב הב״ש ס״ק כ״ז דכיון שכיסת הוי כהוליאה האמתלא מפיה והבאתי מיו״ד סימן קפ״ה ראיה ואח״כ מלאתי שכ״כ האב״מ לקמן סי״ח בישוב קושית הב״מ על הל״ל שכתב בסימן פ״ב באלמנה שכיסת לכהן תוך ה׳ חדשים ולד קיימא ומי ל״י דודאי זיכתה טרם שכיסת והודית בזיכתה עם בעל אמותה די״ל דזיכתה עם כשר רק דעכ״ב לכן אומרת עכשיו דזיכתה עם פסול לה והקשה ב״מ כיון דאיכה טוענת ברי לכשר כבעלתי אפילו ר״כ אללה תלא כדלקמן סח״י ותירץ האב״מ כיון דכיסת לכהן הוי כאומרה לכשר כבעלתי וכההיא דרמ״א ביו״ד סימן קפ״ה והרד״ך בית חית בשבוי׳ שכיסת הוי כאומרה טהורה אני ואלמנת גרע עיי״ש ולכאורה איכה ראיה בשלמא הא דיו״ד עדיין לא עבדה איסור בודאי וכן שבויה אפילו כבעלה הוי באוכס משא״כ הך דל״ל אף דהיתה פנויה מ״מ סתמא נדה היתה כמ״ש הרא״ם הובא בב״י לקמן ס״ס כ״ב ובטוש״ע סימן כ״ו א״כ חשודה לא״ד ולהמור דנדה בכרת שוב איכה נאמנת לקל וא״כ ליכא ראיה מדכיסת לכהן דלא היתה עושה איסור ומ״ש רמ״א ביו״ד סימן ב׳ ס״ב דעבח שהוליא טרפה מת״י פ״א לא נעשה חשוד חולק עליו הש״ך ול״ע מה מהכי ברי שלה ובפ״ק דכתובות דף י״ג ע״ב אמרו זהו עדות שאשה כשרה לה ולמה הא החשוד עה״ד לא מעידו ועכ״פ שא״ה דטוענת ברי אבל לסמוך על סתם דלא עבדה איסור א״א כיון דחשודה על חמור ונראה לפי מ״ש הר״ן בפי׳ יוה״כ ובש״ע א״ח סימן שכ״ח ס״ד דחולה שיב״ם ולריך בשר שוחטים לו ואין אומרים כאכילנו נבלה אף דמלאכה בשבת איסור סקילה ונבלה רק מלקות וגם אפשר להאכילו הלי זית משום דלריך לאכול הרבה פעמים חמור מלאו אחד דשבת עיי״ם במג״א וא״כ ה״נ נהי דעבדה איסור פ״א מ״מ כשכיסת לכהן הרי תשב כל ימיה תחתיו באיסור זה תמיד והחשוד על הקל איכו חשוד על החמור ולפ״ז מיושב דברי הב״ש גם כאן כיון שכיסת לכהן הוי כאמרה לכשר כבעלתי דל״ת אפילו ברוב פסולים אללה כדלקמן ס״ז תדע דאלת״ה איך פסקו כה״פ כר״ג דכאמנת הא איסתני דבזה״ז בושה לטבול כשאין לה בעל וקתמא נדה היא דלית לן טהרות משא״כ בזמן ר״ג דהיה להם טהרות וכן משמע להדיא משו״ת הרא״ש כלל ל״ב דין ט״ז שכתב קתם פנויות בזה״ז בחזקת נדותיהם כיון דאין להם בעל

בעל למה יעגלו עיי״ש ואח״כ כיומא דלא סמך ר״ג אברי דידה רק היכא דלא אבדה נאמנותה באיסור נדה אבל כמ״ש דחמירי לעשות איסור ללו בתמידית מלעשות איסור באקראי לכן גם עכשיו לא אבדה נאמנותה ולפ״ז נסתר ממנותו ג״כ מ״ש הב״מ כאן בד״ה שמא עמ״ש החמ״ח בסימן ס״ח סק״ח דבזה״ז דמקדשין תחת החופה ועד בעילתה אין הכלה מתיחדת עם שום אדם דודאי זינתה כשהיתה פנויה מותרת לבעלה כהן וכתב הב״מ הא כיון דמכחשה אינה נוטעת ברי לכשר נבעלה ואז אפילו ליכא בעיר רק קא״פ אחד תלא וגפל פיתא בבירא ולפימ״ש הדין בל חמ״ח דין אמת אפילו בר״פ אללה ודברי הרד״ך הובא גם כן לקמן סימן ז״ין ס״ו בב״ב ס״ק י״א.

ב״ש ס״ק כ״ט שמא קודם קידושין ולא אמרינן אוקמוה אחזקתה וכל זה קושית התוספת וס״ל דנאמנת חזקה מותר וב״מ הביא מחולין דף קל״ד בספק חלה דהוי איסורא לא מוקמינן אחזקה ופרמ״ג בפתיחה לה״ע כתב דהתם עון מיתה כדפרש״י שם וב״מ תפס עליו דיבמות דף קי״ט אמר מ״ל איסור לאו מ״ל איסור כרת עיי״ש ונראה דמבואר בפרמ״ג שם דוקא משום הפסד ממון מותר בספק לאו וא״כ ביבמות שם לענין בספק זקוקה תנשא לשוק כסי דגבה הוי הפסד אבל אחר למה יכניס עלמו לספק לישאינה וזה מדויק ברש״י ביבמות שם דכתב בד״ה מ״ל איסור לאו דשמא איסורא דאורייתא מנעם קעביד עכ״ל ולמה לא נקיט בדידה וסל״ל קעבדה דהא המשנה קתני היא לה חמות אינה חובבת ועלה קאי הש״ס הכל בדידה והא דבפרק הערל דף פ״ב פריך על רבא דמחלק לענין ספק בין איסור לאו בין איסור כרת והא רבא אמר כל בדאורייתא לחומרא ה״ס איסור לאו ל״ש א״כ י״ל דלהכי קיים קביא דכללא הוא דיש תיכן ומשום דבאכי לענין ספק איסור חתיכה דיש הפסד ממון ומ״ש הפמ״ג דספק בקידושין דהוה ספק א״א דבמיתה לכן לחומרא היינו דאם כבר קידש ספק א״א מוציאין אותה וממנו אף דקנייני הוא ועמ״ש בחידושי ליו״ד סימן ל״א.

עוי״ל דס״ל לרש״י הא דקתני ספק חלה חייב היינו ליתנה לכהן ועיין בעה״מ פ״ע מהלכות יתבר מה שהביא מרש״י בסוטה פרק ע״ע דף מ״ה וא״כ כמו ד״ש חשש איסור להגר יש ספק איסור גזל לכהן וכמ״ש מהר״י באקאן דלהכי כל ספק גזל הממע״ה ואף דהוי ספק איסור גזל ול״ל דלגבי בעל העיסה איכא תרתי ספק גזל וספק איסור חלה דהא בר״ן ר״פ הזרוע כתב דמ״מ ליכא בו משום גזל כיון דהוי ממון שאל״ת אין בהם דין ממון רק משום מלות נתינה ולכן פירש״י דספק חלה הוי ספק עון מיתה משא״כ לגבי הכהן ולפ״ז בעלמא שפיר י״ל גם בספק איסור לאו אסור ונראה הוכחה דהא דקתני בספק חלה חייב היינו ליתנה לכהן בהנם דאל״כ מה פריך אביי היה לו פרה קתני הממע״ה וגבי חלה חייב כימא בעלמא להוליא ממון מחזקתו דאלים חזקת ממון אפילו ברוב אין מוליאין לכן הממע״ה משא״כ חיוב דחלה איכו רק להפריש ויתכרכה לכהן ועוד בעלמא בחלה אם מוכרה לכהן בזול ליכא רק הפסד מועט כדאיתא בגיטין דף כ״ג משא״כ במתנות הפרה דאין בהן קדושה וא״ת שמחויב ליתן לכהן הוי הפס״מ ואביי ס״ל בספ״ק דפסחים דף כ״ף להפס״מ חששו להפסד מועט לא חששו.

ומה שפרש״י בקרבן אשתו דספק איסור כרת הוא אף דחטאת יולדת הבאה על הספק אינה נאכלת משום דאל״ה לא היו מקריבין חולין בעזרה וכמ״ש הרמב״ם בפ״א משגגות ד״ב ועיין ריט״א בהלכות חלה דכ״ו ע״ב ומה שפרש״י דספק בהמה טהורה לחומרא משום דספק כרת לשוחטו בחוץ אף דאיכו כותנו לכהן משום דר״ח אמורא הוא ומיירי גם בזה״ז דאין חיוב משחוטי חוץ בח״ל רק כיון דבא״י ובזמן המקדש יש איסור כרת גזרו גם בח״ל וכמ״ש בחידושי ליו״ד סימן כ״ן.

ש״ן היא ובתה מותרת לכהן בד״א וכי בשו״ת כמ״א סכ״ד יש תשובה מאחד וכתב דלפוסקים שגם האם בעיא תרי רובא לכתחלה כ״ש הבת דבעיא תרי רובא דל״ל חז״כ ועיי״ש ולע״ד איכו כ״ש דהא מה דלריך באם תרי רובא דגזרו משום דיש דאיהי אזלא לגבייהו והוי קבוע כדאיתא בפ״ק דכתובות דט״ו וה״ד שייך בה דנפסלה בהעראה אבל הבת לעולם חשוב פירש דדנין על זרע הנפרש מתי הוא וכמ״ש לעיל סימן ד׳ קל״א וכהי דהיכא דדנין על האם ומלריכן תרי רובא א״א להתיר הבת לכהונה לכתחלה כיון דלגבי האם חשבינן קבוע וכמ״ש טו״ז ביו״ד סימן ק״י ס״ה סק״ה כה״ג לענין המר״ל ונראה הטעם דלא ליתחזי מילי דרבנן כי חוכא כדאיתא כה״ג ס״פ הדר ובשו״ת מהרי״ל סימן קנ״א אבל בגרושה שנתעברה ורוב כשרים אללה דלא כ״מ כלל לגבה לענין להנשא לכהן ומ״ש בקה״י הובא בפ״ת לעיל סימן ד׳ ס״ק מ״א דמ״מ יש גם עליה ספק אם היא אסורה לכהן גם משום זונה דהא לוקין עליה גם משום זונה עיי״ש לא כ״ל דהא מדינא יש לדון על הולד בפ״ע רק משום דלא ליהוי תרתי דסתרי ומילי דרבנן כחוכא א״כ בגרושה דבלא״ה אסורה לכהן לא ניכר שום סתירה ומפרע דגם דאלרכוה תרי רובא הוא רק משום גזרה ובגרושה אין מקום לגזור כיון דבלא״ה אסורה לכהן ואין כאן אפילו איסור דרבנן משום זונה וכה״ג כתבו טו״ז וש״ך יו״ד בסימן פ״ז וגם אין ראיה לאיסור מפירש המשניות ריש כתובות ובר״טנורה מסכה ני״ת הובא בב״מ כאן דכתבו דאם ליכא תרי רובא היא ובתה אסורה לכהן דהתם דדנין גם על האם לכן גם בתה כאמה ולפ״ז מ״ש הב״ש בספ״ק ל״א אם היא גרושה אז שייך בולד ג״כ תחלה ודיעבד כי שמא כהן בא עליה והולד חלל עכ״ל איכו מוכרח כיון דרובה לאו כהנים י״ל לגבי הולד כל דפריש מר״פ דלגבי הולד ליכא למגזר משום דאזלה היא לגבייהו ואבל האם ל״ש הגזרה לענין פסול כהונה ובשו״ת רעק״א סימן ל״א הקשה על הב״ש מ״ש בפשיטות דבגרושה לא תלא הבת בדיעבד הא מאן דמכשיר בה מכשיר בבתה משום דאהני חזקת האם לבתה כמ״ש תוס׳ וכה״פ וזהו שייך אם הכ״מ גם על האם משא״כ בגרושה ובת ישראל דליכא גבה ענין הכשר ופסלוה לכהונה עיי״ש ולפימ״ש לעיל בשם קה״י לק״מ דמוקמינן האם בחזקת שלא נבעלה לפסול לה ולא נעשית זונה אף דבלא״כ פסולה לכהונה משום גרושה מ״מ לא היתה אסורה משום זונה ואף דאין איסור חע״א מ״מ כ״מ לקברו בין רשעים גמורים דהאיסור ישנו רק לא לקי משום שתי רשעות כמ״ש פרמ״ג בכלל אאהע״א ועיין ב״ש לעיל ס״ק ט״ז.

ב״ש סקל״א כשידוע שזינתה עם כשר אלא דיש חשש שזינתה עם אחרים ג״כ ואיכא חד

רוב כשרים מותרת ודג"מ הביגו דבלאו רוב האיכא ס"ס ונראה לפימ"ש ב"מ ביו"ד סימן קכ"ב דלא מלא בש"ס ס"ס דשרי לכתחלה א"כ לגבי הכהן הוי לכתחלה דהרבה נשים מלויות לו זולתה ואפילו לחרש דיותר מהאים רולה לישא אשה רולה להכשא כדאיתא ביבמות דף קי"ג ואיתתא בכ"ד ניחא לה דטב למיתב ט"ד ואי משום לתא דידה דאפשר לא יזדמן לה אחר ישראל וכמ"ש תו' בכתובות דף כ"ב דאין בידה להנשא דשמא לא תמלא מי שירלה לישאנה מ"מ היא דאפקדה אנפשה דזיכתה ועשתה הס"ס בידים לכן לריך גם רוב ואאת"ל רוב לא עדיף מס"ס מ"מ עם ס"ס הוי כמיעוטא דמיעוטא ול"ח כלל.

סי"ח שכל קבוע כתב ב"ש ס"ק ל"ג דמשמע מכל הפוסקים כשהיא במקום זה ונתעברה ואיכא במקום זה תרי רובא ל"ח שמא זנתה במק"א אפר אין שם תרי רובי אע"ג דכאן הוי דבר דניידי דהולכת תמיד עכ"ד וקשה הא קי"ל הגודרת אין להם חזקה ולא אמרינן ככנ"ה וב"מ ג"כ גמגם עמ"ש בס"ג ס"ק ל"א כשים לישראלים שכונה בפ"ע ואין דקך עכו"ס מפסיק הוי כעיר בפ"ע כמ"ש בת"ה וביו"ד סימן קכ"ע דהא כיון דיש א"י באותו עיר בכל יום רגל בתולת ישראל מלוי שם לקנות כל חפלם עיי"ש ולע"ד דודאי רוב הזמן היא בביתה ושכונתה וכשהספק באיזה זמן זנתה אמרינן ברוב הזמן וכדאמרינן בזבחים דף ע"ד איסורא ברובא איתא ומה דאיתא התם בדף ע"ד ע"ב בחביות סתומות דלא מקילין משום איסורא ברובא איתא ה"ע משום דנתנו חכז"ל לדבר חשוב דין קבוע אף דאיכו ניכר האיסור ואף דכתב מג"א בריש סימן שד"מ בא"י איזה יום היא לא תלינן ברוב ימי החול משום דהוי קבוע שא"ה דלכ"ע ניכר איזה יום הוא וכמ"ש בפרמ"ג שם ומשא"כ הכא עתה שנולד הספק אין ניכר לשום אדם זולתה והבועל באיזה זמן אירע הזנות ועוד בלא"ה אין דברי מג"א מוכרחים שם דלקושיתו יש תירץ אחר כמ"ש בפרמ"ג שם וא"כ י"ל כיון דקבוע אידוש הוא וכמ"ש הר"ן בפג"ה דף ל"ה וש"ך יו"ד סימן ק"י סק"ד וכ"ג וא"כ י"ל אין לך בו אלא אידושו דהמיעוט עומד בעין הוי קבוע משא"כ הזמן איכו עומד דהעבר אין והעתיד עדיין ולפימ"ש השעה"מ בסוף הלכות מגילה בשם לשון למודים בלא"ה ל"ח קבוע ועיין חו"ד סימן ק"י ביאורים סק"ו.

ומ"ה שהקשה הב"מ דא"כ ביתה כמי תהא בשכונה מיוחדת ובפרק האומר דף ע"ג אמר דלמא אזלה איהו לגבייהו וס"ל קבוע הא כל השוככים בבית אחד הם קבועים ול"ח ניידים אף מחדר לחדר שבתוך הבית וא"כ תמיד הוי קביע אפילו ברוב כשרים עיי"ש באמת דעת נוב"ת סימן כ"ח ליחשב בני הבית לחד רובא וקושית הב"מ כ"ל לפימ"ש ח"ס יו"ד סימן ל"ט דבני המגר חשובים קבועים אף דניידי באותו חלר דאטו לא יכוד ולא ינוע שום אדם ממקומו בשום רגע הלא כל החלר הוא קביעתו ולא מיקרי פרים שיפרשו דלך פרישה עיי"ש וא"כ זה ודאי אין מטתה של הזונה מקום קביעתו ואין זה הדרך וכשאזל לשכב עמה חשוב פירש מקביעתו וכ"כ בינת אדם בשער הקבוע ס"א וסימן ע"ת דדוקא דבר שדרכו בכך חשוב קבוע אף דנייד.

אך לע"ד אין לעשות בני הבית לרוב דהם ידועים לנו בפרטות ואחזוקי איכשי ברשיעי לא מחזיקינן ויש להם חזקת כשרות דרוב ישראל כשרים רק כשתולין באנשים שאינם ידועים שפיר י"ל כמה פריצים איכא בעלמא וכמ"ש תוס' והרא"ש בפרק כל הכשבעין סוף סימן ה' לענין אחזוקי אנשי בגנבי לא מחזיקינן ולפ"ז מיושב כמי קושית הב"מ מעובדא דארוס בפ"ק דכתובות די"ג דמקתמא בבית אביה נתעברה וכן הועתק בש"ע לעיל סימן ד' סעיף ז"ך וכימא לגבי הארוס דודאי מן אנשי הבית ויוחשב הכל פסולים אללה דומיא דשכונה שדן עליו הב"ם ולפימ"ש אין חוששין לאנשי ביתה הידועים לנו ובלא"ה אנשי ביתה הקרובים לה אביה ואחיה דמותרת להתיחד עמהם בלא"ה אין לתלות בהם ועיין לקמן סימן כ"ב ס"ה בהג"ה דאפילו לגבי פנויה סתם אנשים כשרים ול"ע דא"כ שכונה כמי סתמא ידועים מי המה.

ונראה דיש ראיה דאמרינן ככנ"ה וא"ל לאמירתה כלל מחגיגה סוף דף י"ד דבעו מב"ז בתולה שנתעברה מהו לכ"ג וכתבו הוס' דאתיא כמי אליבא דר"י והמה שעה"מ. שפי"ז מהא"ב דניחא שנבעלה לנתין ולממזר ולפ"ד הב"ם משכחת דמקום שנתעברה כולם כשרים ואמרינן ככנ"ה והה שדייק ר"י לא מפיה אנו חיין אלא חוששין שמא נבעלה לנתין ולממזר דדוקא אם לריכין לנאמנותה אבל אם כל המקום כשרים מודה ר' יהושע דאין לחוש למק"א אפילו בלא אמירתה.

ושתמא נמי שא"י מי הלך למי תנשא לכתחלה נראה הטעם לפימ"ש בשו"ת הרשב"א סימן תקפ"ז דילכו של איש גדול משל אשה ואיש דרכו לחזר ואין דרכה של אשה לחזר.

הלכות אישות סימן ז"ין

ס"א שבויה שנשבית כתב הטו"ז מעשה בנשבית ופדאוה ונשאת לישראל ונמלאת בתולה ואמר דפסולה לכהן אם תתאלמן דחיישינן שמא הערה בה השבאי והובא בב"ש כאן ונוב"ת סימן כ"ט כתב דל"ח לזה דאם היה בא עליה היה גומר ביאתו ותמוה לי הא מבואר בסנהדרין פ"ח ע"ג ב' דהערא' זו הכנסת עטרה ואז מוליא בתולים עיי"ש פרש"י וכן קי"ל כדאיתא ברמב"ס פ"א מהא"ב ולעיל סימן וא"ו ס"ט שכתב משהערה בה .נמי כונתו הכנסת עטרה ויותר הנ"ל שמא בא עליה שלא כדרכה דנפסלה כדלעיל סימן וא"ו גם ולקמן סימן כ"ף ואפשר דאומר שמלאה בתולה בשתי המסכבות דהא ביבמות פרק הבע"י דף כ"ט דרש בבתולה עד שיהיו כל בתוליה קיימין בין בכדרכה בין שלא כדרכה פרש"י שתהא בבתוליה שלא אבדה מהם כלום ע"י בעילה בין כדרכה בין שלא כדרכה ואף דשם ע"ב אמר וכ"ת אמוכת עץ שלכ"ד ג"כ אין לך אשה שכשרה לכהונה שלא נעשית מוכ"ע ע"י לרור ל"ל דמ"מ ניכר שלא אבדה בתוליה ע"י בעילה שלכ"ד וכדס"ל לר"ח בתוס' פ"ק דכתובות דף עית בד"ה האומר דמוכ"ע אין פתחן פתוח ויכול לטעון טענת פ"פ ומלאתי ה"כ י"ל גם בשלכ"ד בתולה מלאתיה אבל אם הערה בה אבדה בתוליה וכמ"ש וכן הוא ברש"י פ"ק דקידושין דף יו"ד בד"ה אי נמי ואף דכתב הכו"ב דלא כ"מ דאשתו כגופו ואיכו כאמן להעיד עליה היינו בגדולה אבל קטנה יתומה משכחת דנשאת ונמלאת דמותרת לכהן אם לא נבעלה לפסול כדאיתא בפי' הבע"י דף כ"ט

ע"ב ויכול להעיד עליה אחר מיאון עכ"פ וקודם מיאון ל"ע בנשאת לישראל דאללו אין כ"מ כיון דלית לו בה קידושין מן התורה וגם מדרבנן יכולה למאן אם בהא נמי כיומא אשתו כגופו.

והנה מה שכתב הכו"ב דל"ח להעראה דאם בא עליה היה גומר ביאתו י"ל עפימ"ש כמ"י בפחז"ה גבי הא דאמר מי איכא סהדי דדר בו המוכר חד יומא דבלא סהדי לא מהימן במגו דמצי למימר לקחתיה דלא מפיו אנו חיין שנאמין לדבריו כ"כ משום מגו עד שנצטרך לברר ספק אחד מדעתינו עיי"ש דה"נ אנו צריכין להאמין לו שמצאה בתולה ועדיין יש ספק שמא רק הערה בה ונצטרך לברר אותו ספק מדעתינו לומר דסברא שגמר ביאתו.

והנה לכאורה י"ל מה שהקשתי על הטו"ז לפיומ"ש המל"מ פ"ז מהא"ב מהתוס' חגיגה דף י"ד אהא דשאני שמואל דרב גובריה דרק כשגומר ביאתו ודאי שאר איכשי מסירין הבתולים אבל בהעראה אפשר יזדמן גם לשאר איכשי שלא יסירו הבתולים אף דהככים ענרה אך המעיין באס"ז דף וא"ו ע"ב בכתובות-יראה דכל הראשונים לא מחלקי כהתוס' ומתרלים קושית התוס' באופן אחר ובהידושי ר"ן ר"פ התינוקת דף ס"ד ע"ב כתב דקי"ל דבועל בעילת מלוה ופורש אף דלא מלא דם כיון שרוב נשים יש להם בתולים חוששין שמא ראתה טפה כחרדל וכאבד או חפהו ש"ז ולא-תלינן במילתא דלא שכיחא דבהטיה בעל. וכן דעת הגאונים ז"ל עכ"ל ואם כן בישראל כ"ש בגוים דפרולים בעריות וכמ"ש הכו"ב דבגוים סברא דגמר ביאתו ואף שכהבתי להרן משים דלא מפיו אנו חיין להאמינו כ"כ עד שנצטרך לברר עוד ספק אחד מדעתינו מ"מ כאן הוי תרי לא שכיחא חדא דגוים פרולים וסברא דגמר ביאתו ועוד כיון דהעראה רק בהכנסת ענרה הרי מסיר הבתולים ול"ל שמא רק הטה ורק הערה ולמיעוטא דמיעוטא ודאי ל"ח.

שו"ר בתשב"ץ ח"ג סימן קצ"ח דאם נשבית ואח"כ באה ליד ישראל ובעלה ומלאה בתולה כשרה לכהונה דל"ח לשלא כדרכה שאין דרך שבאי להכיח בעילת בתולה כדרכה ולבעול שלכ"ד והובא באב"מ כאן ולדידי ל"ע מכח מה שהבאתי מהכנ"י הכ"ל דגם כשים לו מגו מפיו אנו חיין להאמין לו כ"כ עד שנצטרך לברר עוד ספק אחד מדעתינו כ"ש כאן דאין לו מגו דכפי הנראה מגו עדיף מע"א דהא כאמן במגו נגד ע"א כמבואר בתומת ישרים הובא בכנה"ג בכ"מ אות קל"ו ובתומים אות פ"ו ואף דנשבית איכו ודאי שנבעלה מ"מ בפ"ק דכתובות דף י"ג ע"ב אמרו לזו שיש עדים שנבעלה כיון דנשבית ורוב נכרים פרולים בעריות אנו עדים שנבעלה אבל סברת התשב"ץ לא נאמר בגמרא ועוד די"ל השבאי רלה למוכרה ובתולה שוה יותר כדאיתא בפ"ג דכתובות דף מ"ס ע"ב לכן שמר בתוליה בכדרכה ובא עליה שלכ"ד.

שו"ר בכנה"ג בהגה"ט וז"ל אות ה' אפילו בדקוה אנשים בדיקה מעליא וכמלאת בתולה אסורה לכהן דחיישינן להטייה או להערא או לבעילה שלכ"ד ואם נשאת ל"ת הר"ס אלשקאר סימן ל"ה הרי דחיים לשלכ"ד אך תמוה מ"ש דחיישינן להטייה או להערא והא הטייה בגמר ביאתו מבואר בחגיגה י"ד דלשמואל לא חיישינן ומ"ש או להערא דהייכו בלא הטייה והא אין הערא פוסלת רק בהכנסת ענרה ואז בודאי כשלא הטה מסיר בתולים וכמ"ש לעיל ובאות וא"ו כתב ככה"ג שבויה שנשאת לכהן וכתאלמנה אעפ"י שהראשון בעל ומלא בתולים אין הכהן יכול לישא אותה שמא השבאי בעל בהטייה מהר"ס אלשקאר עיי"ש ולא ידענא למה נקט דראשון היה כהן ועוד כיון דכהן אסור לישא שבויה הרי חשוד עה"ד ואינו נאמן ואפשר כהי דחשוד על ספק מ"מ לא חשוד על הודאי ועוד דחשיד על פ"א לא חשיד על איסור בתמידית וי"ל כשנשאה היה דעתו אם ימלאנה בעילה יגרשה אך עדיין י"ל שמא עיניו נתן בה כדלקמן ס"ג ואף דכבר נשאה אמר כן כדי שלא יצטרך להוציאה ולא יאמרו עליו שהוא רשע ול"ד למ"ש אמ"ה וב"ש בס"ג דכהן שמעיד על השבויה דלא ישאנה הוא אבל אחר ישאנה דהתם רק חשש אם ישאנה שמא כונתו מתחלה לכך ומשא"כ כאן נוגע גמור מלבד הטעם דאשתו כגופו וגם לאחר ל"מ עדותו כמ"ש בכוב"ת סימן כ"ט ועיין לקמן ס"ו בחמ"ח סק"ח וב"ש סקי"א.

ס"ב מסל"ת בשו"ת רא"ש כלל"ב כתב דהגאון יליף מק"ו אם במת בעלה איסור כרת הותרת ע"י גוי מסל"ת ק"ו איסור לאו דזונה ותמה הרא"ש דהק"ו פריכא דהיא עצמה תוכיח דנאמנת לומר מת בעלי וא"כ לומר טהורה אני וכ"ל דביבמות דף ל"ד אמר רבא עד אחד נאמן ביבמה מק"ו לאיסור כרת התרת לאיסור לאו לא כ"ש א"ל ההוא מרבנן לרבא היא עצמה תוכיח דלאיסור כרת התרת לאיסור לאו לא התרת ופסק הרא"ש כההוא מרבנן אבל הגאונים ורי"ף ורמב"ם פסקו כרבא וכתב הרי"ף דההוא דאיתא כאו דחיה הוא ולא ביאר למה ונראה שהוא מטעם שכתב הרמב"ם פ"ג מיבום הי"א אעפ"י שהאשה נאמנת לומר מת בעלי ותנשא או תתיבם אין היבמה נאמנת לומר מת יבמי שתנשא לזר הואיל והיא איסור לאו שמא יהא קל בעיניה עכ"ל וס"ל לרבא וגאונים דפסקי כותיה דחילוק זה איכה רק גבי דידה דמשום תאותה מקילה לעצמה באיסור קל אבל בעד חזקה אין אדם חוטא ולא לו משא"כ לענין גוי מסל"ת ליכא למימר החילוק זה כלל לכן שפיר יליף הגאון לגוי מסל"ת לענין שבויה מק"ו.

ועוד הא גזלן פסול על עדות אשה שמת בעלה ועכצ"ל דחשוד לשקר אף דעל"ג וכ"כ ב"ת לקמן סי"ז ס"ג והביא מפרש"י ספ"ק דר"ה כיון דחלוף לגזול ישקר גם בעל"ג וא"כ הא קתם עכו"ם גזלנא נכהו כדאיתא בר"פ לולב הגזל ועכצ"ל דהא דעכו"ם וגזלן דמהימני במסל"ת לאו משום דעל"ג א"כ שפיר יליף הגאון בק"ו באיסור כרת הותרת כ"ש באיסור לאו דל"ל היא עצמה תוכיח דבשלמא במת בעלה נאמנת משום דעל"ג דשמא יבא ועמוד חי לפנינו אבל בטהורה אני איכו על"ג ועיקר הטעם בעגונה משום דעל"ג לא משקרי כמ"ש הרמב"ם בפי"ב מה"ג אבל בגוי מסל"ת דאין הטעם משום דעל"ג יש ק"ו.

ועוד אפשר הא דמלתא דעל"ג לא משקרי י"ל דוקא כשיודע שיש כ"מ בעדותו וסומכין עליו ירא שאם יתברר שקרו יתפס בשקרן להרע או להטיב משא"כ מסל"ת דעיקר מסל"ת שלא ידע שסומכין עליו בסו"ה כדאיתא ביו"ד ריש סימן ל"ח ואיכו יודע שאו"ה תלוי בזה כדאיתא ביו"ד סימן ס"ט בטו"ז ס"ק כ"ג ובש"ך שם וכן משמע מלשון הרמב"ם בסוף הלכות גירושין דדוקא בעד המעיד איכו משקר בעל"ג אבל מסל"ת איכו מע"ד וא"כ ל"ל היא עצמה תוכיח דמת בעלה נאמנת משום דעל"ג משא"כ טהורה אני אבל גוי מסל"ת לאו משום דעל"ג נאמן שפיר יש ק"ו.

ועדיין

ועדיין צל"ע איך יליף הגאון מק"ו הא בעדות מיתת הבעל יש סברא דאשה דייקא ומנסבא כדאיתא ביבמות ר"פ הא"ר ובדף ל"ד ונראה דס"ל דכלפי שהקשה הש"ס בר"פ הא"ר דאיך נאמן ע"א כיון דאיתחזיק איסורא דא"א לזה משני מתוך חומר שהחמרת עליה דייקא ומנסבא וקבלה זאת מרעא לחזקת א"א והוי רק ספק השקול אבל לא עדיף מחזקת א"א וחזקת חי דבעל.

וה"נ בשבויה דלית לה חזקה כהי דאיתא בר"ק דכתובות דף י"ג ע"ב דרוב עכו"ם פרוצין בעריות מ"מ איכה רק ספק כטמאה וכמבואר ברמב"ם פט"ו מהא"ב הי"ז הואיל ואיסור כל הספקות כולן מד"ס לפיכך הקילו בשבויה וכן פרש"י בב"ק דף קי"ד ע"ב בשבויה הקילו דספקא בעלמא הוא ובכתובות כ"ז ע"ב איתא הכא ודאי איטמי בתניה חששא הוא ובפ"ק דקידושין דף י"ב ע"ב איתא דמכולא כפשה כלפי שבויה ופירשו תוס' בכתובות דף כ"ג בד"ה עדי ולא שביה כולה האי דכטמאה לפ"ז צ"ל הא דרוב עכו"ם פרוצין בעריות איכו רוב גמור להחזיקה בטמאה רק לולא זה הוי מוקמינן לה בחזקת טהורה ככל ספקות רק ע"י רוב זה מרעא לחזקתה ונשאר ספק השקול וא"כ שפיר יש ק"ו דאם בספק מיתה מועיל עכו"ם מסל"ת בספק השקול כ"ש בשבויה דאיסור לאו וג"כ רק ספק השקול.

ובנמ"י שאלה כ"ח כתב כמו דשמע מקוכטרומוסין אים גלוכי כהרג אל תשא אשתו דל"מ מסל"ת במילתא דשייכי בה וה"נ מתפאר דלא חבודי על הזנות עיי"ש ונראה דברש"י פרק כל הגט כ"ח ב' פירש שמתפארים שהרגו בדין ואיתא בב"מ פא"כ דף ע"א עברי לכיע לה ככעני פרוץ לה ופרש"י שאם תקלקל עם עובדי לא יתפאר לגלות הדבר עיי"ש כולא ככעני אדרבה תפארת לו לגלות ועכ"פ איכו מתפאר בהיפך דהכל יודעין שפרוצין בעריות.

עו"ב הכנה"י דשותא דהגאון ג"י דלפ"ד מאי מקשה בב"ק קי"ד על ר"א ובדאורייתא לא והא מעשה בתינוק שנשבה וכו' דלמא הא דקאמר ר"א עדות אשה היינו כמי עדות שבויה נאמן מסל"ת וע"כ מדקתם ר"א עדות מסל"ת משמע גם עכו"ם דאיכו נאמן בשבויה ומזה הוכיח המקשה דר"א לא מיירי בשבויה עיי"ש ושותא דהכנה"י ג"י דאת"ל דר"א קאמר דמסל"ת נאמן בשבויה יותר קשה הא שבויה דאורייתא ולמה בשאר דאורייתא אין מסל"ת נאמן לס"ד דלא ידע התירוץ דבשבויה הקילו אלא דלא הקשה כן מר"א גופא דדלמא לא מיירי בשבויה ובאס"ז בב"ק שם מפורש דהרמ"ה ס"ל דעכו"ם מסל"ת נאמן בשבויה.

ס"ג כהן וכו' עב"ש סק"ז בים עדים שנשבית ויש לבעל ואשתו מגו דשתקו ולא אמרי שהוא כהן ולכאורה תליא בפלוגתא שבין הר"ם מקינון בכללי מגו שהובא בש"ך חו"מ סימן פ"ב אות י"ע והש"ך שם ובסימן מ"ו סל"ז ס"ק ל"ו דלהר"ם דמגו דאי בעי שתקי גם בתרי אמרינן משום דודאי יקבימו שניהם לשתוק ה"נ הוי מגו משא"כ להש"ך ור"ן וכו' שהביא בסימן מ"ו ופכ"י בכתובות דף י"ח ע"ב דהא דנאמנים באומרים כת"י היא ואנוסים היינו משום דקני שישתוק אחד ולא יאמר כת"י הוא דמתילא גם כשלא יקבים השני לא יתקיים בע"א א"כ אם הבעל או אשתו יאמרו שהוא כהן ע"כ לא יהיו מותרים לדור יחד כיון דים עדים שנשבית תו הוי מגו בתרי אך לפימ"ש תוספות בקידושין דף מ"ג ע"ב בד"ה והשתא דבטענה שנפטרים בה מממון אמרינן מגו בתרי י"ל ה"נ דרולים לדור יחד חשוב כהרווחת ממון.

וש"א בסימן ק"ו פקפק בהאי מגו די"ל דרולה לומר שהוא כהן כדי שלא יפסול מליבא כפיו ולברך בתורה ראשון ובאמת כן דעת הפוסקים כדאיתא בש"ך בכ"מ אות כ"א אך נראה כיון דאם איכה ודאי טהורה נפסל מכהונה כדאיתא ק"פ אלו מומין דהכושא נשים בעברה פסול וכן הוא בש"ע א"ח סימן קכ"ח סעיף מ"ס מה תחום דרולה להיות כהן באיסור הא כיון שאיכו מוחזק לכהן כל כאמנותו לומר שהוא כהן משום דלא חיישינן שיעשה איסור במה שאין לו הנאה כמ"ש ב"ש לעיל סימן ג' סק"ב א"כ ל"ל דרולה לומר שהוא כהן כדי שישא כפיו ויברך ראשון אם איכו אמת דיודע שטהורה היא ול"ד להא דע"א אומר נתגרשה דאיכו נאמן במגו דשתיק דחשדינן לו שרולה לפסלה לכהונה כיון דאין עד אחד מהימן לומר על אשה שהוא גרושה ולפוסלה לכהונה אמרינן דרולה לשקר בזה.

ס"ו או שנשאת לפני ב"ד ולא מיחו בה כתב הרד"ך בית חית אף שבעלה יודע שהיתה שבויה קודם שנשאת מאחר שלא היה ידוע לב"ד בעדים מותרת לו דמ"מ יש לה מגו שהיתה נשאת לאחר וכתב האב"מ דתליא במחלוקת רשב"א ור"י בתוס' פחז"ה דף למ"ד שכתבו ובעיבדא דהכא אי הוי מחזיק מייתי סהדי דדר בה המוכר חד יומא נראה לרשב"א דים לאוקמי בידיה אע"ג דליכא מגו טענינן ללוקח שהיה המוכר נאמן לומר קניתי ממך במגו דאי בעי אמר לא היה שלך מעולם ואור"י דל"ד דהכא אם היה המוכר רולה לזכות בטענה דלא היה שלך מעולם לא היה הלוקח מעכבה שהרי יודע הוא שהיתה שלו עכ"ל וא"כ הה"ד הכא לדעת ר"י אין זה שיודע שהיתה שבויה מותר בה ואם היא נאמנת לכהן אחר אבל לזה שיודע שהיתה שבויה איכה נאמנת במגו ולדעת הרשב"א כיון דאית ליה מגו להמוכר ויכול למוכרו לאחר רשאי גם לוקח זה שיודע שהיתה שלו ללקחו ומשום דלא אכפת לן אם לזה אם לאחר עכ"ל האב"מ ולע"ד נ"ד כ"ד להתם דבטוח"מ סימן קמ"ו סל"ד כתב טען המחזיק של אבותי היא והמערער נ"כ טען של אבותי היא ואין לאחד מהם ראיה הוי דיכא כד"ג ותשאר ביד המחזיק ואם לא היתה ביד שום אחד מהם עד עתה כד"ג ופירש בפרישה כיון דדיכא כד"ג מש"ה תשאר ביד המחזיק דכיון שזה דר בה לפניכו אין מוליאין אותה מידו וכמ"ש בסימן קל"ט דמי שגברה ידו תהלה אין מניחין השני להוליאו מידו בלא עדים ולפ"ז י"ל דדוקא אם עדיין דר בה המחזיק משא"כ כאן דהוא ביד הלוקח והיא לא מעכבה ומניח למערער לירד בה אין מוליאין מהמערער.

ועוד הא בש"ך חו"מ סימן קל"ט הביא דר"י ס"ל בדיכא דא"ג דאם חזר השני ותקפה אין מוליאין מידו א"כ כיון דלוקח לא יעכבה מליר‍ד בה המערער אין מוליאין מידו א"כ ליכא עכשיו למוכר מגו כנגד שום אדם למוכרה.

ואף דהיה למוכר מגו כשהודה בשעת מכירה שהיתה של המערער רק דזבנה מיניה וגם עכשיו אין ידיעה ללוקח דהיתה של המערער רק מכח הודאות המוכר מ"מ כיון שבשעת מכירה הודה שלא בפני ב"ד לא מהני המגו כמ"ש בשו"ת רא"ם כלל ל"ב ס"ב ואף דהש"ך בחו"מ סימן ע"ב סס"י ק"ק ל"א כתב דלא אמר הרא"ם רק בטענה שיש לו חוב על

החפץ

הספק דצריך לישבע שבועת המשנה כבר דחהו בתומים שם ובכלל מגו אות ל"ד והנתיבות בסימן קמ"ו כתב בס"ג דלא אמר הרא"ש הכי רק במגו דהחזרתי ולא בשאר מגו הנה בשו"ת אבקת רוכל סימן קמ"ד וקמ"ה לא ס"ל הכי וגם לא ס"ל כש"ך הנ"ל אלא אפילו לדעת הנתיבות היינו בהפה שאסר הוא הפה שהתיר וכמו שהביא ראיה משדה זו של אביך היתה ונשביתי וטהורה אני עיי"ש דכללא הוא דלא מגרע בהודאתו כלום וכאלו שתק מתחלה וכמ"ש רמב"ן בחידושי ב"ב דף ל"ג דכל הפה שאסר אף דאינו מגו אמרינן דלא מגרע בהודאתו כלום וכאלו שתק וכ"כ הנתיבות בסימן ע"א ס"א סק"ד וא"כ הכא דכתב הר"י שהלוקח יודע הוא שהיתה של המערער משמע דיודע מעצמו לא מחמת הודאות המוכר וכ"כ הש"ך בחו"מ סימן קמ"ו ס"ג סק"ט א"כ לאו מחמת הודאות המוכר באנו עליו עתה ול"ל הפה שאסר הוא שהתיר ואפ"ת דלא כשו"ת הרא"ש היינו בנידון דהרא"ש שבאנו עליו מכח הודאתו שהראה לפני עדים אבל הכא לוקח בעצמו יודע.

וכ"ז לשיטת רשב"ם דלוקח חוזר על המוכר וצריך להחזיר לו מעותיו אבל כה"פ חלקו עליו וכמו שפסק בש"ע סימן קמ"ו ס"ג א"כ הרי עכשיו הלוקח בע"ד והודאתו כמ"ע דמי דנאמן על שלו לחובתו כעדים ואפילו ירצה המוכר להחזיר ללוקח מעותיו וליקח לו הקרקע ולמוכרה לאחר זה מכירה חדשה וכ"ז שלא החזיר המעות הוי הלוקח בע"ד והודאתו כמ"ע ולכן גם כשיחזיר לו המוכר מעותיו כבר היה הודאות לוקח כעדים והוי כאלו באו עדים שהיתה כבר של המערער דהא מבואר בשו"ת הרשב"א סימן קי"ח בעכו"ם אף דלאו בר עדות הוא אפילו לאסור מ"מ אם אמר בשעת מכירה שזה אסור נשאר באיסורו גם לאחר שלקחה הישראל דעל שלו היה נאמן כמ"ע עיי"ש וכ"כ בא"ח בצ"ב שם דהודאות לוקח כמ"ע ומוכר לא מצי למשתעי דינא בהדי מערער רק נגד שהודה הלוקח דאז י"ל לא ניחא לי דליהוי ללוקח תרעומות עלי וא"כ ל"ד הך דהר"י לנשביתי דהתם עכשיו אין למוכר מגו כלל דלא מצי ליקחה ולמוכרה לאחר ג"כ משא"כ בנידון הרד"ק גם עכשיו לא אבדה המגו נגד שאר כהנים באם ימות בעל זה וכיון דעכשיו כ"מ גם לשאר כהנים מועיל המגו גם לכהן זה וכמו שאכתוב בסמוך ודעת רשב"א שבתוספת פחז"ה שם ל"ע ובמרדכי כתב דהר"י נמי מסופק ואולי יש לומר משום דכבר היה למוכר מגו נגד שאר בני אדם למוכרה רק נגד לוקח זה לא היה לו מגו אף דעכשיו אין לו מגו כלל מ"מ יועיל זה ללוקח זה ול"ד לנשביתי וטהורה אני ובאו עדים שנשבית טרם שהתירוה ב"ד דלא היה בידה לעכב שלא יבאו עדים משא"כ התם היה ביד המוכר למוכרה לאחר ואז לא היה לוקח זה כמאה עדים כיון שלא באתה לידו מעולם ועיין נתיבות סימן ע"ב ס"ק ל"ד אהא דכתב הש"ך שם דאם בשעה שראוהו עדים אמר לקוח הוא בידי נאמן במגו דדוקא כשהראהו בפני עדים בכיון לומר לפניהם לקוח דאז מגו דלא היה מראהו מגו מעליא הוא אבל אם הלבישו לצורכו וראוהו עדים ואמר לפניהם לקוח אינו נאמן דאין לו מגו דהעדים מעצמן ראוהו והתומים לא ס"ל הכי עיי"ש ואם כן ה"נ דלצורכו מכרו ללוקח זה ואולי לא נזדמן לו לוקח אחר לפי שעה בדמים הללו.

ובאוריין תליתאי הסביר טעמו של הרד"ק דאין סברא להתיר לכהנים אחרים ולאסור לכהן זה עיי"ש ונראה הכא הטעם זה דלא ליהוי מילי דרבנן כי חוכא כדאיתא כה"ג בס"פ הדר בבתי חצרות ובתי בתים ביניהן דה"ל הוי כתרתי דסתרי דא"ת דאסורה לכהן זה הרי חששו דכטמאה ואיך מתירה לכהנים אחרים וא"ל א"כ ניזל לחומרא כמו הא דס"פ הדר דאפילו בני חצר אחת מרובין משל בני חצר האחרת אסורין שתיהן שאני הכא דחזינן בכתובות כ"ז ע"א בעיר שכבשוה כרקום אם יש מחבואה אחת מחזקת רק כהנת אחת מותרין כל הכהנות משום מי יימר דטמאה אף דמדינא הנ"ל כיון דרוב הכהנות לא היה להן מחבואה ואסורין תהא כולן אסורין דהוי כבאו בב"א כמ"ש תוספת שם מ"מ משום דאחת יש להתירה מדינא וא"י איזה אזלינן לקולא ומתירין כולן.

ס"ח א"כ לאוסרה כתב חמ"ח דפשוט דמ"מ הוי כע"א ומצטרף עם עד אחר וב"ש חולק ונ"ל טעמו של החמ"ח משום דהאב יש לו מגו דאיבעי אמר קדשתיה וגרשתיה דמהימן ופסולה לכהונה ומה שתירץ הר"ן דאינו מגו דרוצה לפוסלה לתרומה לא שייך בזה"ז דליכא תרומה ומה שתירץ הר"ן הואיל וחידוש הוא דהאמינה תורה לאב לא אמרינן מגו ס"ל לחמ"ח כהי דלא אמרינן מגו מ"מ מגו לא גרע מע"א דאינו חידוש רק מה שהאמינה תורה לאב יותר מע"א אבל מה שהוא קרוב אדרבה גזה"כ וחידוש מה דקרוב אינו נאמן מגזרת מלך ולאו משום דחיישינן דמשקר כדאיתא בפרק י"נ דף קכ"ח ומגו עדיף מע"א כמבואר לעיל ס"ד ובתוספת פחז"ה דף ל"ד לכן יש לצרפו עם עוד ע"א.

א"נ כיון דיש לו מגו הוכחה דקושטא קאמר וכשיש רגל"ד בלאו הכי נאמן ע"א אפילו לענין ממון כמו בשוטה דפרש"י בסוטה דף ל"א א' דמשום דרגל"ד מהימן ע"א להפסידה כתובתה וכ"כ תשב"ץ בח"א ענין ע"ז.

ובגוף הקושיא שהקשו דליהמן האב במגו י"ל כיון דתורה האמינו לומר קדשתיה ולא בדבר אחר ודאי ירדה תורה לס"ד דלא ישקר בזה אם כן ל"ל מגו לשקר במה דתורה סמכה דאינו משקר.

ועוד כתוב בנתיבות ס"ס כ"ו דבע"א דלא האמינו תורה משום חשש בדדמי כמ"ש פר"י בריש גיטין גם במגו לא מהימן וה"נ מה"ט לא מהימן במגו.

ובקידושין דף ס"ד פריך הא בידו להשיאה לממזר ומשני כרע"ק דאין קידושין תופסין בח"ל ובשט"מ פר"י מא"ב הקשה הא בידו להשיאו לממזר דרבנן ובשלמא לדעת רש"י ודעימיה דשבויה אסורה מה"ת י"ל דהאב רוצה לפוסלה מה"ת אבל להרמב"ם שם דשבויה רק מדרבנן דכל הספקות של תורה מדרבנן קשה עיי"ש ולק"מ דהא בר"ה ל"ד ב' דחמיר ספק תורה מודאי דרבנן וכן הוא בש"ע א"ח סימן תקל"ה ואם כן רוצה לפוסלה בחמור יותר ועיין המ"מ פ"א מאישות דאיסור דרבנן לאו כ"ע זהירי בהו וא"ל דיכול להשיאה לספק ממזר דג"כ רק מדרבנן דשאני ספק ממזר משאר ספק איסור דאורייתא דתורה עשאה כודאי כשר וכמ"ש מהרי"ט ח"ב חיו"ד סימן א'.

הג"ה וה"ה אם אומר שנבעלה בעילת איסור זה הביאו רשב"א בקידושין דף ס"ד ור"ן שם מהירושלמי ומתנייא בתוספתא אבל הריטב"א שם ס"ל דנאמן ולי ל"ע מדלא הובא הך תוספתא בש"ס דילן דאפשר דבוכה השמיטוהו וכמ"ש בא"ז ב"מ דף מ"ה ב' שכתב הרר"י ז"ל ואין אנו חוששין לגמרא דירושלמי

דאותן

דאותן רבנן בתראי שסדרו לנו התלמוד בבלי הביאו בו אותן סברות שהן כהלכה הנאמרות בתלמוד ירושלמי ורוב התלמוד בבלי מהם כגון ר' יוחנן ור"ל וכל הנקראים בשם רבי ומה שראו שהוא שלא כהלכה הניחו אותו בתלמוד ירושלמי וכ"כ בכ"מ פ"ו מהל' נדרים ובב"י א"ח סי' כ"ט לדעת הרמב"ם הובא בי"מ בכלל שני התלמודים אות ב' ואות ד'.

והחילוק בין מה שאין האב נאמן לומר על בתו שנשבית לאומר שנבעלה לפסול י"ל דהא הר"ן הקשה דיהא נאמן שנשבית במגו קדשתיה וגרשתיה ונדחק דמה שתירץ דהוי מגו לחלאין מחו מהרי"ט והאחרונים דמגו לחלאין מועיל כדמוכח מכ"ד ועיין במקנה ומה שתירץ כיון דנאמנות חידוש אין להאמינו בשאר עניני במגו דאי בעי אומר מה שנאמן מד"ת ג"כ אינו ומובן דק"ש הרי יש לו מגו.

ולע"ד י"ל לפימ"ש בכמ"י פחז"ס בהא דקשתא בעילותא ז"ל דלא אמרינן מגו אלא במילתא דבתר דמהימנין ליה משום מגו שוב ליכא ספיקא אבל במילתא דאף כי כימא מגו אכתי איכא לספיקי לא מפיו אנו חיין שנאמין כל כך לדבריו משום מגו עד שנצטרך לברר ספק אחד מדעתינו וכ"כ המפרשים ז"ל עכ"ל ואם כן הכא אפילו נשבית אינו רק ספק אי נטמאת כדאיתא בכתובות דף כ"ז סוף ע"א ובב"ק דף קי"ד ע"ב לכן א"כ במגו דהא אפילו נשבית רק ספק זינתה ואנו צריכין לברר הספק מדעתינו משום דנכרים פרוצין בעריות יש חשש דנטמאת אבל באומר שנבעלה מהני המגו דלאחר המגו אינו עוד ספק ועוד מ"ש הר"ן דא"כ במגו דקדשתיה וגרשתיה משום דחידוש הוא אין לומר מגו מתמהו י"ל דאינו חידוש דהא כיון דהאב זוכה בבתו לקדשה ולקבל גיטה הוי כבעלים על שלו דקבלה דנאמן משום דמידק דייק יותר מעד דעלמא וכמ"ש פנ"י בריש גיטין ובשם תוספת רי"ד וגם בממון אמרו בפנ"י ע"ב ע"ב דנאמן בעל המקח כ"ז שמקחו בידו לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי ופרש"י משום דעליו רמיא לדייק מידק דייק אלא דהר"ן גם התם כתב דהוא רק תקנה.

ס"י מחבואה אחת בכתובות דף כ"ז משום דמי יימר דאיטמי לכן מתירין כולן אף דהוי כשני שבילין ובאין לשאול כולן בב"א כמ"ש תוספת וקשה הא בפ"ק דכתובות דף י"ג ע"ב לזו יש עדים כיון דרוב נכרים פרוצים בעריות כיון שנשבית כולנו עדים שנבעלה ונראה די"ל דשוי רובא דתלי במעשה רק בתשמיש איש ואשתו לא חשוב תלי במעשה כמ"ש תוספת בפ"ב דיבמות דף קי"ט ובערך נאמנות למלא הרועים אות זיין מלאתי שכ"כ וגם והביא מהפנ"י כן ואף דלכאורה כיון דמסורה בידם והם פרוצים י"ל דלא"ה תלוי במעשה מ"מ כיון דמכוונא נפשה חשוב עדיין תלי במעשה ול"ד לתשמיש איש ואשתו.

אך נראה מלשון הש"ס בבכורות דף כ"ף דאמר כי אזלי רבנן בתר רובא ברובא דלא תלי במעשה משמע דרק מדרבנן לא אזלי בתר רובא דתלי במעשה וכן מעיקרא דס"ד דברובא דליתיה קמן לא אזלי רבנן בתר רובא כמי מדאורייתא הוי רוב ומתורץ קושית התוספת שם בד"ה ברובא ואם כן י"ל לפימ"ש מהרי"ל בתשובה סימן קנ"א הא דבשני שבילין ובאו לשאול בב"א שניהן טמאין רק מדרבנן דמחזי כחוכא אבל מדאורייתא בתר חזקה אזלינן אף היכא דאינו יכול להיות אמת לכן שפיר קאמר דמחבואה אחת מללת על כולן דמה"ת כל אחת מוקמינן אחזקת היתר ומדרבנן לא חשוב רוב ומי יימר דאיטמי ולא מחזי כחוכא.

מצלת הר"ן ס"ל דבלא אמירתה נמי מותרת וכתב הב"ח ראיה לרמב"ם מיו"ד סימן ק"ז סק"ה דהתם נמי כיוצא דדם כסלע מציל על כולם דנמי שייך כתירוץ הגמרא מי יימר דאיטמי דכל כתמים אך ספק כדכתב הרמב"ם פ"ט מהא"ב וכיוצא דהסלע ליהוי כמחבואה ומציל על שתיהן אפילו באו בב"א אע"כ כרמב"ם דל"ל טהורה אני ולפ"ז ק"ק על הרמ"א ז"ל דהכא משמע שסותם כהש"ע וביו"ד קי"ד סי' בהג"ה למד ונדון ומחבואה לדין א"י שאינו מערב מציל על כולם ושם ל"ש כלל אמירה עיי"ש.

ולפימ"ש בסמוך לק"מ אהר"ן דאיסור שבויה משום דרוב פרוצין בעריות רק מדאורייתא דאין חילוק בין רובא דתלוי במעשה או לא דהלכ"מ ליזל בתר כל רובא עיין פרש"י בפ"ק דחולין דף י"ב ולעולם מדאורייתא מחבואה אחת מללת על כולן דכל אחת מוקמינן לה אחזקת היתר רק מדרבנן חשו לחוכא אם ודאי יש מהן שנבעלו לכן כיון דמדרבנן לא אזלי בתר רובא דתלוי במעשה ומי יימר דאיטמי לא מחזי כשקרא ומותרות כולן אפילו בלא אמירת הנשבית אבל בכתמים כהי דהוי רק ספק מ"מ כיון דמגופה חזיא ועלולה לראות אין לאוקמה אחזקתה כדאיתא בריש נדה לכן טמאו רבנן הכתמים כשאין במה לתלות והשתא אם נטהר שתיהן ע"י סלע אחת הוי כחוכא ומחזי כשקרא.

ורמ"א דסתם כהש"ע משום דכל היכא דאיכא לברורי לא סמכינן אחזקה ונשאלה את פיה ואם מודית ל"ל כבים לה בעל עכ"ב דהוי רגל"ד כיון דרוב א"י פרוצים בעריות וברגל"ד נאמנת לאסור א"ע כמ"ש ב"ש לעיל סק"י מאי איכא שוטית דליכא לברורי אטו בשופטני עסקינן ולא מיירי מזה ועוד דכל מה דמקילין בשבויה משום דמכוונא נפשה לגבי שבאי כדאיתא בפ"ק דקידושין י"ב ב' ואם אינה בת דעת א"א לסמוך על זה ואת"ל אדרבה שוטית ממילא מכוונת א"כ א"ל להצלת המחבואה כלל ונראה דהכל לפי מה שהוא שוטית אם מכוונת היא גם זולת השביה או לא ואם היתה פקחית כשנשבית ונשתטית מ"מ כיון דאין אדם דר עם נחש בכפיפה וכדאיתא ביבמות ר"פ חרש דמה"ט לא תקנו רבנן נשואין לשוטה לא שכיח ולא מיירי הש"ע בזה.

סי"א בהג"ה אשתו המירה לחוד בח"מ א"ע סק"א כתב ופרקה עול כה"ת נכנסה בכלל רוב גוים פרוצין בעריות ולי צ"ע גם בנשבית לבין מומרים די"ל לפימ"ש תוספת ורא"ש בפרק הבע"י דף ס"א דגיורת פחותה מבת שלש לאסורה לכהן משום זונה משום דהגוים שטופי זמה ובניהם ילדי זימה המה והרי הנולדה ממומר ומומרת אינה אסורה לכהן וכמ"ש בכנס"י ס"ס כ"ח דל"ל דשטופי זמה כיון דישראל עמדו על הר סיני פסקה זוהמתן ואעפ"י שחטא ישראל הוא ואם כן י"ל מה דרוב גוים פרוצין בעריות משום דלא פסקה זוהמתן ונולדו באותו זוהמא.

סי"א בהג"ה ולהתירן אף לבעלים כהנים כתב ד"מ אם היתה יכולה לברוח ולא ברחה נראה דאפילו לבעלה ישראל אסורה אונס בגזרת עסטרייך הותרו עפ"י גדולים ג"כ לבעליהם אפילו לכהנים ואפשר משום צורך שעה שראו שיש ח"ו לחוש לעתיד לנשים שאם ידעו שלא יחזרו לבעל נעוריהן שלא יקלקלו וא"ל מנ"ל לומר כן דיש להקל בחשש איסור דאורייתא נ"ל דשאני התם דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש וכו' והוי כפנויות ואף אם זנו מותרת לבעליהן ותמה מב"מ דגם פנויה שנבעלה לא נפסלת מן התורה

התורה לכהונה עיי"ש ול"כ מדלא קשיא ליה לד"ת רק מכ"ל דיש להקל בחשש א"ד פשיטא דאיסור דרבנן ניחא לחבר למיעבד וכו' ואף דכשיש שיקלקלו הוי בפשיעה מ"מ מלוה דרבים שאני כמ"ש התוס' בפרק השולח דף מ"א ע"ב בד"ה כופין ואף דכאן הקילו גם כן לרבים מ"מ אם היה רק איסור דרבנן א"ש דהקילו כדי שלא יבואו רבים לקלקל ויעשו איסור תורה.

וא"כ להכי לא קשיא ליה מנשי כהנים דכבר ביארתי לעיל ר"ס וא"ו דלדעת רמ"א דלעיל ריש סימן ג' דעכשיו כל מי שבא ואומר כהן אני כ"כ וקורא בתורה ראשון כל כהני זמנינו הם רק ספק אף דמוחזק מכמה דורות דשמא הוחזק רק עפ"י עצמו של אבי אבותיו ואיסור שבויה רק מספק שמא זנתה והוי ס"ס רק ס"ס בזה לא מהני דהוי בשני גופים וכולד ספק אחד קודם לחברו אך כל זה רק מדרבנן כמ"ש בד"ה בבית רביעי בער שני דכל תרי ספיקי בעלמא ואף דאיכן מכח תערובות דלא מהני לר"י רק איסור דרבנן הוא עיי"ש וה"כ בהס"ס איכן בגוף אחד וכולד א' קודם לחברו הכל רק מדרבנן אסור ולזה נתכוין הרמ"א שכתב יש להקל ולהתיכן אף לבעלים כהנים דהנ"ל מותרות אף לב"כ אלא כוכתו אף דמדינא י"ל דאסורות מ"מ יש להקל ולהתיכן ומשום החשש שכתב בד"מ ולק"מ קושית חמ"א וב"ש ומה שנרשם שו"ת רא"ש ושם כתוב דלא"ח דכתלית וזה איכה טענה לנשי כהנים י"ל דס"ל לרמ"א דהא אותו מעשה היה גם בנשי כהנים וכדאיתא בתה"ד סימן רמ"א ולא כתב הרא"ש להדיא דכ"כ אסורות אע"כ דהרא"ש כתב טעם ללאת מחשש דאורייתא וגם רמ"א לא סמך בזה רק היכא דליכא חשש דאורייתא ויש הוכחה לזה ומדכתב הרא"ש לאכסה אין רבאים וע"כ משום נשי כהנים וקשה הא קודם המרה רשאין לאכסה כמ"ש החמ"א וטו"ז ומ"ש הב"ש שתיכף המירו חסר העיקר ברא"ש ורמ"א עכל"ל דמשום אוכם קודם המרה יש להתיר נשי הכהנים כדי שלא יקלקלו נשי אחריני כשידעו שלא יחזרו לבעל נעוריהן ויחלפו דתן באוכם אבל אם היה חשש אוכם אחר המרתן תו ליכא חשש קלקול רק שיקלקלו במזיד גם כשיוכלו לברוח ובכה"ג א"א לאדם חטא כדי שיזכה חברך ולא ירשיע במזיד כדק"ל לתוס' בפ' השולח שם בתירץ ראשון.

בתה"ד סימן רמ"א כתב דאותן שעמדו בנסיון נראה דשרי אפילו לכהונה דליכא למיחש שמא אנסוה דהא לנועה מסרה נפשה שלא יאנסוה ותמה בית מאיר מי ליכא למיחש שיתקף עליה ויבעל בלא רצונה ומה מהני בזה לנועתה עיי"ש ולי נראה דלולא רוב נכרים פרוצים בעריות לא אסרו שבויה כדאיתא בפ"ק דכתובות י"ג ב' וקשה הא הוא רובא דתלי במעשה אלא דתוס' ביבמות דף קי"ט כתבו דתבונים א"ש ואשתו לא חשוב תלי במעשה דממילא מזדקקי וס"ל לתה"ד דגם בשבויה כיון דמסורה בידם ויראה לנפשה מללחום כנגדם אין תלוי רק בהשבאים ולא חשוב תלוי במעשה אבל הלכינעה דמסרה נפשה שלא יאנסוה ולוחמת כנגדו ואין לחוש רק שיתקף עליה זה ודאי תלי במעשה ולא חשוב רוב וברמב"ן רפ"ב דבכורות כתב דמיעוט דלא תלי במעשה עדיף מרובא התלוי במעשה ובלא"ה אפילו יהיו שקולין מ"מ בספק שקול י"ל אוקמוה אחזקת היתר כיון דהס"ס אסר רק משום דרוב עכו"ם פ"ב.

נתייחדה לשם זנות בה"ג למד כן מפ"ק דכתובות י"ג ב' נסתרה לי"ד לשבויי' דרוב עכו"ם פרוצין בעריות ש"מ נסתרה עם עכו"ם אסורה וקשה בשלמא שבויי' דמסורה בידם להריגה ויראה ללחום כנגדם תלוי רק בכואף וכיון דרובן פרוצים לא"ח רוב התלוי המעשה דממילא מזדקק משא"כ בנתייחדה לשם זנות מ"מ ישראל לא חשוד לעשות עד שיעשנה דלפיכך בישראל אין הקב"ה מלרף מחשבה רעה למעשה כמ"ש יפה מרא"ה פ"א דפאה סימן כ"ג ואין חשש רק שיתקף עליה אף שתלחם כנגדו וזה ודאי תלוי במעשה וכמ"ש בסמוך ול"ל דבה"ג ס"ל דמן התורה אין לחלק בין רוב התלוי במעשה ללא תלי במעשה רק רבנן לא אזלו בתר רובא התלוי במעשה וכן נראה דעת הרא"ש בפ"ג דבכורות דתחלה פסק כרבינא דלפיכך מכאן ואילך ספק ולא אמרינן רוב מתעברות תוך שנתן משום דלא אזלינן בתר רוב התלוי במעשה ואח"כ כתב דרוב מתעברות מסייע למיעוט מטכפות וחוזרת ויולדת בתוך שנתן וכתקשו מעיו"ט וריטב"א בזה ולפימ"ש לק"מ דכיון דמן התורה הוי רוב מסייע למיעוט מטכפות לעשות ספק ואזיל הכא והכא לחומרא ודוחק לומר דבה"ג לא ס"ל כרבינא אלא כרבא דלא מחלק בין תלוי במעשה ללא תלוי דהא קי"ל הלכה כבתראי ורמב"ן התם דכתב דמיעוט דלא תלוי במעשה עדיף מרוב התלוי במעשה לדידיה מן התורה לא אזלינן בתר רוב התלוי במעשה ולפ"ז י"ל לפיכך הפוסקים לא ס"ל כאן כבה"ג ולא חשו לראייתו.

סימן ט

ס"א ל"ת ברא"ש פ"ד דכתובות ס"ג כתב בשם הר"ם מגרבונא דאין לה כתובה כשנתאלמנה מן השני כיון דלא שרי לאינסובי לא קרינן בה לכשתנשאי לאחר תטלי מ"ש לכי והביגו הרא"ש דאם נשאת אין כופין אותו להוציא קרינן ביה לכשתנשאי ומן השלישי א"ל הכיר בה אין לה כתובה ואם הכיר בה יש לה כתובה ויראה שכופין אותו להוציא דמאירא סכנתא מאיסורא ומחייבין ב"ד להפרישו שלא יפשע בנפשו את"ד והוא סתירה מניה וביה כמו שתמה תפ"ש ונראה דמודה רא"ש בנשאת למי שלא הכיר בה כיון דאין לה כתובה ממילא גם תנאי כתובה אין לה דמזוני תנאי כתובה הוא כדאיתא בפי' יש מותרות דף פ"ה ולקמן סימן קי"ז וכיון דלא מחויב לה בשבו"ע סגי להפריסם דתו ל"ל מזל גרס דהא כתב בתשובת הרא"ש דהיינו דמזלה גרם שתחי' בלער ולא תתפרנס ע"י בעל וכיון דבאפשרי להנשא למי שאין מכיר בה קרינן שפיר לכשתנשאי לאחר והדר כתב הרא"ש בהכיר בה דיש לה כתובה א"כ מחויב בשבו"ע א"ל יוליאה כופין אותו להוציא ונראה דאפי' בהכיר בה אם מוחלת על שבו"ע אין כופין להוציא רק להפריסם דממילא ומהכי כדלקמן סימן ס"ע ואף דבעונה איתא לקמן סימן ע"ו ס"ה דאף ברשותה אין לו להתאחר אלא חדש משום דבלבה מלטערת מ"מ כאן דבלא"ה"כ אם תלא ממנו ואסורה להנשא לאחר איכה מפסדת כלום ואדרבה מרווחת דיקרא שמו עליה וכדאיתה ביבעי' ד'.

לג' עב"ש לעולם הלכה כרשב"ג רק בסכנה כרבי וכ"כ טו"ז ס"ס קו"ף ביו"ד ובמכ"י כמ"ו סקכ"ט וברכ"י כאן תמהו הא בלא ילדה ב"פ עסר שנים קי"ל כרבי וזה רק איסורא ונראה דגם בהוחזקה איכה

אינה ודאי רק חשש ובב״פ הוי רק ספק חשש כמ״ש באה״ז הובא בתה״ד סי׳ רי״א א״כ הוי ס״ס אך במלות עשה ס״ס לחומרא כמ״ש במלל מאש סי״ג ופ״ו מ״ע פרו ורבו אבל באיסור לאו מהני ס״ס אם אינו סכנה ודברי טו״ז לענין תולעים בלאה״כ א״ש דל״ל כיון דכמלאו ג׳ ודאי יגלא עוד דא״כ אין לדבר סוף וכל התבשיל היה להיות מלא תולעים ועיננו רואין שאינו כן וע״כ דים קלבה א״כ י״ל כמי דיותר מג׳ ליכא לק כיון דהוחזק ריעותא אסור אבל בתרי דספק אם הוי חזקה ובלא חזקה אחזוק איסורא לא מחזיקינן הוי ס״ס משא״כ בכשואין יש לומר כיון דאתחזקה ודאי לא תלד עוד או קרוב לודאי ואינו בגדר ספק ללרפו לס״ס.

נתקדשה יכנוס ואם כנסה לפני יבם בחכ״ל שאלה אי הוכיח מיהודה דאמר עד יגדל שלה בני פן ימות גם הוא כאחיו ופרשו רש״י ורמב״ן דמוחזקת שמתו שני אנשיה והרגים בעלמו די״ל שאני אינו מלוה ועושה ודמה דלא תהא גרועה מלוה דאורייתא שרלו אבותינו לקיים ממלוה דרבנן דשלוחי מלוה אין ניזקון.

ול״ע״ד בשלמא מלוה מחויבת אל״כ במידי דעשיה עיין הה״מ פ״ב משופר ה״ד ובש״ע או״ח סימן תע״ה דאפילו אנסוהו לאכול מלה אם ידע שהיום פסח ושהוא חייב באכילת מלה ועיי״ש מג״א סקי״ד וה״ד כשמחויב שתמא לשמה קאי כדאיתא ריש זבחים בזביחת קדשים שלא לשמן אבל כשאינו מחויב ועושה להנאת עלמו אינו שתמא לשמה ואינו מלוה רק כשמתכוין לשם מלוה אחשבה למלוה וי״ל שומר מלוה לא ידע דבר רע וירא יהודא פן יתכוין שלה רק להנאת עלמו ובפאר הדור סימן קמ״ו כתב דהלכה אפילו אינו מתכוין רק לשם יופי מלות יבום קודמת ולפי דרכי דוקא כיון שמחויב שתמא הוי מלוה ואף דזבחים שנזבחו שלא לשמן גרע מסתמא הייכו משום דעקר שמו בהדיא כדפרש״י שם דהוא עולה ולא רלה רק שיהא שלמים וגם פירש בשפתיו דוקא עיין תוי״ט ספ״ג דב״מ משא״כ במתכוין לכוי אינו מתכוין דוקא שלא ללאת וכן באנסוהו לאכול מלה ואפילו במתכוין שלא ללאת כתב בחידושי רע״ק על א״ח סימן תע״ה דיולא ועדיף מכשבור שהוא חול דהוי רק מתעסק שו״ר בנו״ב מא״ע סימן כ״ד דעתו דמתכוין לכוי גרע מסתמא אלא דכתב שם לאבא שאול.

ועוד שאני קטן כמ״ש תוס׳ בריש זבחים ובקומא דחולין י״ב ע״ב דסתמא לשמן דוקא בגדול אבל קטן אפילו אומר דעושה לשם מלוה הוי כמתעסק ופסול ובזה א״ש מ״ש עד יגדל שלה דלא הוי דחיה בעלמא אלא דה׳ שומר מלוה לא ידע דבר רע אפי׳ בזה״ז דאין מתכוונים למלוה מ״מ כיון דיודע שחייב באותו מלוה יולא כמו באכילת מלה אפילו אנסוהו.

ועוד הא גם אונן ייבם את תמר ומ״מ מת הרי דמעייכה או מזלה גרים כ״כ דשכיח היזקה אפילו במקום מלוה לכן ירא וי״ל דכסבור שמא משום דקטן היה לא ידע להזהר לכוין לשם מלוה לכן אמר עד יגדל שלה בני ויכוין לשם מלוה ובכה״ג לא חזינן בה ריעותא.

ובתה״ד סימן רי״א כתב דמקילין בכל קטלנית משום דאם יהיו אסורות להנשא שמא תלאנה לתרבות רעה עיי״ש ובאמת בפאר הדור ג״כ כ״כ אך משום דס״ל דגם מדינא דש״ס אינו סכנה רק ניחוש ואינו איסור אבל לתה״ד דקאי לדעת הרא״ש דהוי סכנתא ומדינא דגמרא ב״ד כופין על זה איך נחזור סכנה על זה משום חששא דאשה שלא תעשה איסור ומה דהגמרא לא התיר ונראה כמ״ש הרא״ש בפי׳ אעפ״י סימן ל״ה על דיכא דמתיבתא שלא כדין הגמרא במורדת משום דראו הקלקול בבנות ישראל וחששו שילאו לתרבות רעה עיי״ש הרי משום דנתקלקלו עכשיו שינו מדין הש״ס וה״כ לענין קטלנית וא״י דמ״מ סכנה הוי זה אינו כיון דמלילה מצון וגם מל״ל רבים שלא יפרלו בה שומר מלוה לא ידע דבר רע שו״ר בח״ס א״ע סימן כ״ד שכתב כן בטעמא דתה״ד רק לא הביא מהרא״ש לומר מה נשתנה עכשיו מדין הש״ס ונראה דהכל לפי המקום והזמן לפי ראות עיני הב״ד ובזה מיושב מה שתמה הברכ״י דבפאר הדור כתב דב״ד של ר״י מיגאש העלימו עין ובשו״ת ר״י מיגא״ש כתב דהוא איסור וסכנה ומי שרולה לעבור מוכעים אותו ואין מניחין אותו לאבד עלמו עיי״ש סימן ק״ג ולפימ״ש א״ש דזה הסיב לשואל ממקום אחר ודיכא משתעי דכך הדין ובליכא חששא דתלא לתרבות רעה וב״ד שלא היו מעכבין לפי מקומו ושעתו דים בזה הללה מעברה דשומר מלוה לא ידע ד״ר ועדיף מיבום דאפשר בחלילה ועיד לפימ״ש הרא״ש בשו״ת כלל ל״ב סימן י״ג דקדם פנויות בזה״ז אין טובלות דבושה לטבול א״כ יש עכשיו חשש שלא יכשלו רבים באיסור כרת משא״כ בזמן הש״ס לכן מעלימין הב״ד עיניהם מלמחות בזה״ז.

עו״ב בתה״ד שם דבספר חסידים משמע דס״ל מעיין גורם אמנם משמע כמי דקי״ל כרשב״ג דלרביעי ל״ת וכתב עוד דבר תמוה דלאמוסי אינו מזיק ולכך נראה דליכא למסמך עליה עכ״ל וכ״ל דכל דבריו אחד ויסודתו בהררי קדם דבבא דמשפטים דף ק״א ע״ב וק״ב ע״א וע״ב מבואר דבעל ראשון בביאתו שביק בה רוחא ובביאת בעל שני ג״כ נותן בה רוחא ותרוייהו לא יכלו לאתקיימא בגוף האשה כהדא ולכן רוחא דראשון מכשכשא כחויא במעהא ומקטרג על השני שבא בגבולו ולכן כשמת השני חזינן דראשון כלחן ולא תנשא לשלישי והדא הא כרבי אך לרשב״ג ס״ל ע״כ דמה שמת השני לא אתחזיק ראשון בכלחן דאין חזקה בפ״א לכן דוקא לרביעי ל״ת דכבר הוחזק בב״פ וגם רשב״ג מודה בסכנה סגי בב״פ להתחזיק ומבואר שם עוד דאחר יב״ח למיתת הבעל יולא הרוח מאשתו עיי״ש וא״כ לפ״ז למה סתמו דלעולם לא תנשא ול״ל כדאיתא בשילהי ע״ז גזרה שאב״י אטו ב״י ואם גזרו שם איסור לעולם משום חד יומא כ״ש בסכנה דיגזרו לעולם משום שנה ראשונה אך כ״ז לרביעי דמשכחת שתנשא לו אחר תשעה חדשים למיתת ראשון אבל באמושי דא״א כיון דלריכה להמתין ג״ח ימי הבחנה לכל בעל כבר עבר יותר משנה תו ליכא למגזר ול״ל דמשכחת בנשאת באיסור דהא כתב הרא״ש בע״ז שם דלא אסרו התבשיל שנתבשל בכלי שאב״י כיון דאסור לכתחלה לבשל אפילו בא״י לא שכיח שיבשל בה וס״ל לס״ח דמעיין גורם הייכו רוח בעלה הראשון שבמעהא ולכן אין לאסור עד רביעי דעכ״פ הראשון אתחזק בכלחן בב״פ ומאי דאמרינן בש״ס מזל גורס ס״ל כרמב״ס בפאר הדור דזה רק ניחוש בעלמא ואין לאסור משום זה למי שאינו מפחד ועיי״ש בקבא ק״ד ע״ב דכשמייבמה אחיו אין המת מקטרג בו כיון שהוא אחיו ועושה לו טובה בייבום ולכן שפיר יש סעד לפוסקים דאין חשש קטלנית ביבום ומותר לדור עמה גם אחר ביאה ראשונה דמחמת דמזל גורס אינו רק ניחוש ול״ש היזקא ואינו סכנה ודאי י״ל

סומר

שומר מלוה לי' ד"ר ובזה אזדא מ"ש בה"ק שתי נשים צרות נשאו לב' אנשים ונתאלמנו כל אחת תולה בחברתה וינשאו לשני אנשים דלפימ"ש מעיין גורם אין האשה גורמת אלא דרוחא שבמעיה גורם והרי הראשון כאן.

גם מ"ש הברכ"י בשתי אחיות מתו בעליהן דלמ"ד מעיין גורם כל חדא מנייהו לא תנשא לשני והאחות השלישית לא תנשא גם כראשון דאחיות מחזיקות לפימ"ש אין חשש דאין הריעותא מצד האשה ולפיכך לא אמרו א"ב בין מ"ד מעיין גורם ובין מ"ד מזל גורם לענין זה דגם למ"ד מעיין גורם אין חשש.

אך קשה לפימ"ש דלמ"ד מעיין גורם דהריעותא מצד הבעל אין הצרות תולות זב"ז הל"ל אותו כ"ת וכ"ל די"ל דח"ו לא נעלם מהאמוראים טעם הסבא אלא דמ"ד מזל גורם הוסיף עוד טעם דכ"מ לענין ארוסה אבל מודה לטעם דמעיין גורם וא"כ ל"ל תו הך כ"ת וכה"ג אמר בפ"ק דגיטין דף ד' ע"ב רבה אית ליה דרבא ולכך לא אמר א"ב דלמ"ד מזל גורם אינו רק ניחוש למי שמפחד כמ"ש בפאר הדור ואין כופין להוציא דלפימ"ש לכ"ע גם מעיין גורם וכן מצאתי בריב"ש סימן רל"ג.

ולכאורה ע"כ ש"ס דילן לא ס"ל כסבא מדאמר א"ב דנפל מדיקלא ומית דלמ"ד מעיין גורם ליכא ולסבא כיון דמקטרג עליו אפשר גרם ליה דנפל מדיקלא אך שם דף ק"ב אמר רוחא דילי' מכשכש במעהא כחויא ומקטרגא בהדי רוחא אחרא דעאל בה מבעלה תניינא עכ"ל נראה דמטיל בו ארס כחויא ומת בחולי כיון דאיהו מקטרג הוא השליח וכדכתיב בנבות לא ועשה כן במלכים א' כ"ב ועדיין קשה נהי דבמיתי אין חשש מחמת הראשון עדיין יש חשש מחמת השני ול"ל דס"ל לספר חסידים דאין חשש רק מחמת הראשון דאין האשה כורתת ברית רק למי שעשאה כלי וכן מגרש אשתו הראשונה מזבח מוריד עליו דמעות ואיתא בפר"ח לקמן סימן ק"ע דזה דוקא כשנשאה בתולה דעשאה כלי וכיון שעשאה כלי וכרתה לו ברית מקטרג באחר הבא בגבולו ועוד דמבואר בשבת שם דף ק"ב ע"ב דארמלתא דלא נסיבת כד אסתלקת מעלמא זכאת לגבי בעלה ונהרין תרוייהו כדקא יאות בחבורא חדא עיי"ש ולכן הראשון מקטרג באיך שבא בגבולו משא"כ השני אף דאפשר כיון דנשאת לשני תו לא תהדר לראשון גם אחר מותה ותחזור לשני מ"מ אין לו טענה על השלישי שבא בגבולו דכאשר עשה לראשון כן יעשה לו ומה דמקטרג ראשון לשלישי אף דכבר אפסקיה שני י"ל דאם כלא ראשון לשני ודחה אותו ממנה עדיין עתידה לחזור לו אחר מותה ובזוהר"ק שם כתב שהעושה אותה כלי משאיר בה רוח ולפ"ז אין חשש רק מחמת הראשון שעשאה כלי אך דזה לע"ג דא"כ למה מצות יבום גם כשמת השני בלא בנים וגם ל"ע למה מצות יבום שייך גם אחר שנה למיתת הבעל וי"ל דמ"מ פועל ביבום להמשיך כר"כ של הראשון בולד הנולד דהא גם ארוסה מתייבמת כדלקמן ריש סימן קנ"ו אלא דגם בארוסה ע"י קידושין נותן לה רוח המקיף וגם ביאה לבעולה נותן בה רוח אבל ביאה ראשונה שעושה אותה כלי מתקשר עמה ביותר ולכן אין כורתת ברית רק למי שעושה אותה כלי ע"י רוחא דשדי בגוה אז וכן משמע בלק"ת להאריז"ל פ' וישב ובזוהר"ק על הסבא שם בלק"ת פ' וירא כתב דההוא רוחא דשדי בגוה כשעשאה כלי גדול מהרוחא שניתן בה אח"כ בביאה עיי"ש וא"כ סברא יותר שידחה הראשון את השני או השלישי והרביעי וגם דההוא רוחא דשדי בגוה כשעשאה כלי היא נפשה וחיותה כמ"ש בלק"ת בפ' וירא ובפ' וישלח ע"פ ויהי בצאת נפשה לכן היא של בעל ראשון ואיך בא בגבולו ול"ל בהיותה בתולה יש לה חיות ונפש שנולדה בה רק בביאה ראשונה ניתן בה נפש וחיות חדש מבעלה וזה נכנס וזה יוצא.

כתב בספר חסידים סימן תע"ה אשה לשלישי או לרביעי לא תנשא אם מתו בעליה זה אחר זה לאחר שבאו עליה ומתו בלא בנים או מיד אחר בעילה כמו ער ואונן שלא עכבו אלא תמר עכ"ל מ"ש זא"ז ס"ל דבקירוגין אין חשש והבה"ט נסתפק בזה ומ"ש לשלישי או לרביעי היינו לכל מר כדאית ליה לרבי לשלישי ולרשב"ג לרביעי וכ"כ שם בסימן תע"ז ומ"ש בתה"ד דפסק כרשב"ג עדותו נאמנה דהיה לו ספר חסידים כת"י והיה כתוב בו כך וכן מ"ש תה"ד דלחמישי תנשא אינו מפורש בספר חסידים הנדפס ומ"ש בספר חסידים ומתו בלא בנים נ"ל דס"ל כיון דמעיין גורם מדכתב לאחר שבאו עליה היינו דוקא אם מיד מעיין גורם דאם באיזה בעילות לא גרם הוי כקירוגין דאם מעיין גורם ה"ל לגרום מיד וכיון שילדו ע"כ דלא גרם המעיין שימותו דטרפה אינו מוליד כמ"ש הפר"ח הובא בשעה"מ פי"א מהלכות שחיטה ואף אם חיו יותר מיב"ח מ"מ כיון דכתב הים"ש בפא"ט דמיעוט טריפות חיין יב"ח חיישינן בסכנה למיעוט או דבסכנה חיישינן למ"ד טרפה חיה משא"כ להוליד גרע כמ"ש תוספת בחולין דף ק"מ דאפילו למ"ד דחיה מלי סבר דאינה יולדת וכ"כ תוס' בפ"ק דע"ז דף ה"ו ובפא"ט דף כ"ז ע"ב סימן לטרפה כל שאינה יולדת שו"ר בשו"ת שו"מ מהדורא תניינא תשובה פ"ז הביא מספר נוצר חסד על אבות שאם היו לה בנים מבעלים ראשונים אינה קטלנית.

ומ"ש או מיד אחר בעילה משמע דר"ל דבכה"ג אפילו ילדה מהם ומשום דרגלים לדבר טובא חיישינן יותר דאתרמי דילדו או אז חיישינן דמזל גורם או אפשר דמיירי נמי דלא ילדו כער ואונן אלא דה"א כיון דאין אשה מתעברת בביאה ראשונה אין ריעותא ממה דלא ילדה מראשון מ"מ כיון דרגל"ד חיישינן יותר וגם לפימ"ש לעיל דס"ח ס"ל דמעיין גורם היינו רוחא דשדי בגוה בעל ראשון מנית לאיכך אם כן אין מעלה אם ראשון הוליד בנים ממנה מ"מ י"ל דקאי על שני ושלישי ועוד לפי הנוסחא בנדפס לא הוזכר דלחמישי תנשא וי"ל דאזיל בשיטת רש"י ופוסקים דמעיינה גורם גם בראשון והגם דבכל הפוסקים לא הוזכר קילות הללו וגם מסתימת הש"ס לא משמע הכי וי"ל דלא פלוג וס"ח מיירי התם רק לענין דלא יתחייב בנפשו מ"מ כיון דבלא"ה רבים מקילין ורמב"ם ס"ל דליכא איסור בזה רק ניחוש למי שמפחד יש סעד מהס"ח במה דמקיל ולעוותו במה דמחמיר כשמתו בלא בנים או תכף אחר הבעילה אין להקל כלל דכשמתו מיד אחר הבעילה חזינן דהאשה גרמה וכשמתו בלא בנים כיון דרוב נשים מתעברות ויולדות כדאיתא בריש פרק בתרא דיבמות והו לא ילדה חזינן דמעיינה גרם להם להמיתם ולכן לא ילדו ואף דחיו יותר מיב"ח מ"מ כיון דיש מעוט דטרפה חיה חיישינן משום דכנגד רוב דטרפה אינו חי יש רוב דמתעברות ויולדות וגם בסכנה לא סמכינן ארוב וכמ"ש.

הג״ה וי״א הנה בזהר משפטים דף ק״ב ז״ל לזימנין דחי קדמאה להאי תניינא ואיתעביד ליה מקטרגא עד דאפיק ליה מעלמא וע״ד תנינן דאמרין והלאה לא יקב נ״כ לההיא אתתא דהא רוחא כיון דאתקף וקא כלה לההוא רוחא אחרא תניינא מכאן ולהלאה לא יתערב ב״כ אחרא בהדה עכ״ל לפ״ז יש חילוק בין בעל ראשון מת בדבר או זקן ושני מת בלא זקנה ודבר רגל״ד דראשון כלאן הוא אבל אם השני מת זקן או בדבר ליכא רגל״ד ולה״ט כמי אין חילוק בין מת לנהרג בין בראשון בין בשני די״ל ע״י קטרוגו של ראשון נהרג שני הגם דכתבתי לעיל להשוות דעת הזהר עם הש״ס דמעיין גורס דמטיל בו ארס מ״מ פרוקא לקכנתא.

הג״ה בדבר או מכת מדינה ריב״ש וח״ם א״ע סימן כ״ג הקשה הא אביי מבית עלי קאתי ואפ״ה אמרה לה דביתהו דרבא קטלת תלת כדאיתא בפרק אעפ״י משמע שתלתה מיתת אביי בה והרי בית עלי הוי כמו מכת מדינה עיי״ש שהוכיח מזה דלא כריב״ש והרמ״א כאן ואיסתמיטתיה מ״ש תוספת פ״ק דר״ה דח״י בד״ה רבה דאי לאו מזלא הוי מגין עליו זכות תורה עיי״ש וכ״ש אביי דעסיק בתורה וגמ״ח כדאי׳ התם.

ער״ב שם בח״ם דמ״ש הב״ש דאם מת זקן לאו קטלנית היא היינו בן שבעים דהא אביי דנסב חומה ומת בר שתין וא״ל דביתהו דרבא קטלת תלת ובשו״ת פרשת מרדכי סט״ז כתב דבר שתין חשוב זקן וכתב המסדר שם להרץ ראיות הח״ם וגם קושיותו אהא דמכת מדינה הנ״ל דשאני חומה דכבר מתו שנים ואתחזקית לקטלנית לא תלינן מיתת אביי במכת מדינה או בזקנה כיון דקי״ל בתרי זימני הוי חזקה כרבי ואביי היה שלישי עיי״ש ויש ראיה לדבריו מפ״ע דב״מ דף ק״ו ע״ב דאמר התם אם נשתדפו כל שדותיו של סוכר ואישתדיף רובא דבאגא ואישתדיף גם שדה שחכר אמר ליה מחכיר משום לתאך הוא עיי״ש הרי מוליאין ממון בסברא זאת מחוכר ולא תלינן במכת מדינה ה״נ כיון דכבר מתו כל בעליה של חימה תלינן גם מיתה אביי במזלה ולפ״ז בן ששים חשוב זקן ואינו מלטרף להחזיקה בקטלנית ע״י שמת לה עוד בעל אחד מיהו אם השני מת זקן או במכת מדינה ונשאת לשלישי ומת היא קטלנית אף דאפסקה הזקן ובה״ע מסתפק בסירוגין ובס״ח סימן תע״ח כתב דוקא במתו זה אחר זה מ״מ כיון דמתו שני בעליה ראשון ושלישי בלא זקנה או מכת מדינה תלינן גם האמלעי שמת במזלה כיון דאיכו ודאי שמת מחמת זקנה או מכ״מ רק דאינה מתחזקת בלירופו אהכי מה שמת שלישי להחזיקה ותלינן גם אמלעי מחמת מזלה מת וכה״ג כתב בחו״ד יו״ד סימן קפ״ז סק״ב לענין רואה מח״ת.

רבים מקילים אפשר משום דאיתא בסבא ק״ב ע״ב דכל החפש אם ראשון בן זוגה דוחה האחרים ולמלוא בת זוגו לריך זכות רב כדאיתא במ״ח מסכת זיוג הנשמות פ״א ורים פ״ב ובת״ז סוף תיקון י״ד דא״ל שמר טפה ראשונה וכו׳ ובעוה״ר מיעוטא דמיעוטא הן בזה״ז ובזהר תזריע מ״ג ב׳ כל רוחין דעלמא כלולין דכר ונוקבא וכד נפקין דו״כ נפקין ולבתר מתפרשין באורחייהו אי זכי ב״כ לבתר מזדווגין כחדא והיינו בת זוגו ומתחבראן כגונא חד בכלא רוחא וגופא עכ״ל וגם אי מז״ג סברא דיותר יגרשה כיון דאינה ב״ז אבל ב״ז אהבה ואחדות ביניהם.

אשה שנתגרשה ב״פ כ״ד רש״י בספ״ב דיבמות והקשו א״כ בדף ס״ד דקאמר א״ב בין מ״ד מז״ג למ״ד מע״ג לימא דא״ב בנתגרשה ונראה דרש״י קאמר רק בנתגרשה ב״פ דבזה מיירי בספ״ב גירושין מגירושין דאמר דלא כרבי דב״פ הוי חזקה וה״ט דלכאורה מאי שנכנסת בנתגרשה ב״פ דכיומא מזלה גרס שתתגרש וגם שלישי לא ימות רק יגרשה ולישתמיש אינם בכסא דמוקרא חד יומא והדר ליתבר כדאיתא בברכות דף כ״ח ה״כ מה אכפת שיגרשה אח״כ ולכ״ל דחיישינן דמזלה גרם רק שתשב גלמודה אבל לא דוקא ע״י גירושין דהא גם רבי מודה לענין ממון ל״ה חזקה רק בג״פ רק לענין סכנתא ואיסורא לחומרא הוי חזקה בפ״ב ואפילו בענין אחד הוי חזקה לאיסור ולא לממון כמ״ש בטו״ז כאן ה״כ לקולא לא אמרינן דהוחזקה רק לגירושין אבל בנתגרשה ג״פ חזינן מדלא מת לה שום בעל בכל הג״פ דהוחזקה מזלה רק לגירושין וכה״ג איתא ביו״ד סימן קפ״ט ס״ט בטו״ז ס״ק ל״ו ולכן בדף ס״ד לא אמר א״ב דנתגרשה דס״ל א״ב בהוחזקה ג״פ ובזה א״ש דפרש״י שם אירסה ומית אירסה לשלישי דמכ״ל לרש״י דקאי לרשב״ג דאין חזקה רק בג״פ ולפימ״ש א״ש ואין להקשות דאם כן בנתגרשה פ״א ומת בעלה פ״א יהא כמי לרבי חזקה דנתחזקה רוע מזלה לישב גלמודה והרי בספ״ב דיבמות דבזה גם לרבי אין חשש די״ל כיון דשני ענינים הם תולין כל ענין בפ״ע במקרה ולא בחזקה ואמרינן דמת מחמת מקרה שבגופו. או דבא עתו ונתגרשה במקרה דקטטה וכדומה ועוי״ל מה שפרש״י אירסה שלישי ומית לפימ״ש הרשב״א שם דרבא ס״ל התם בב״פ הוי חזקה ובאחיות דוקא בג״פ משום דהחזקה אינה בנפשה אידום הוא לכן דוקא בג׳ זימני הוי חזקה וא״כ ה״כ למ״ד מזל גורם דכתב הרא״ם בכלל כ״ג דלא מליכו דיהא תלוי במזל להמית אחרים ועוד הא כתבו תוספת בריש כתובות דף ב׳ ע״ב וריש דף ע״ז דהא דאמרינן באשה נסתפחה שדהו ומזל הבעל גרם לה דוקא באירע להאשה דהאשה שדהו דבעל משא״כ אם אירע באיש לא אמרינן נסתפחה שדה שלה דהאיש אינה שדה של האשה ואם כן איך נאמר דמזלה גרים מיתת בעלה וכיון דאידום הוא לריך ג״פ והא דס״ל לרש״י בגירושין כמי בב״פ הוי חזקה לרבי דהתם מזלה גרם לדידה לבד שתתגרש והא דאמר בכתובות מ״ג ב׳ דסתם תנא כרבי דהשיאה ונתארמלה ב״פ תו לא חזיא לאנסובי לא קשיא למ״ד מזל גורם דדוקא בג״פ דהא כתבתי לעיל דמ״ד מז״ג מודה כמי דמעיין גורם ובזה מיושב דעת המתיר בנפל ומת דל״ה קטלנית בב״פ והשיגו רמב״ן בשו״ת מיוחסות שאלה קכ״א דהא נפסקה הלכתא בנשואין כרבי והלכה כרב אשי דמזל גרס ולפ״ז אין לסמוך אינם מקילין בנהרג אחד רק באלמנת שנים ולא שלשה ועוד נראה דס״ל לרש״י כיון דבפג״ה אהא דבית תינוק ואשה יש סימן אמר והוא דאתחזיק תלתא זימני והתם במזל האשה או התינוק או מקום הבית גורם הרי פוסק הש״ס לענין מזל כרשב״ג ה״כ אין מזל גורם סימן רק בג״פ ול״ע לרבי דבב״פ הוי חזקה הא בפג״ה דף ל״ה ע״ב מייתי ראיה מקרא ול״ל דאסמכתא בעלמא הוא ורבי לא ס״ל או כיון דמזל זה יגרם רעה לאחר לריך ג״פ גם לרבי וכמו שכתבתי.

ובריטב״א ספ״ב דיבמות כתב כיון דאיהו הוא דמגרש לה בע״כ א״כ אפילו מזל גורם ל״ש בגירושין ולכאורה לפ״ז השתא דים חדרגמ״ה

דלא

דלא יגרש בע"כ שייך גם בגירושין אבל אינו מובן הטעם ונראה כוונתו בשלמא אם היא יכולה לכופו תלוי רק בדידה י"ל מזלה גרם דנולדה במזל להיות טבעה קפדנית ולא לדור עם בעליה אבל כיון דרק בדידיה תליא ל"ל מזלה גרם שיהיו בעליה באותו טבע ורצון מילי דבחירה ואין מזלה משנה בחירת הבעל אבל טבעה עצמה תלוי במזלה כמ"ש בהשגות הראב"ד פ"ה מהלכות תשובה ובלח"ס שם ואח"כ מצאתי בריב"ש סימן רל"ג שכתב דדוקא במיתה איכא למימר מזל גורם משום דמן שמים מפקי לה אבל בגירושין שהוא דבר הבא בבחירת הבעל ואין האיש מוליא אלא לרצונו לא שייך ביה מזל גורם עכ"ל ובזה ניחא מה דמזל רע שלה יגרם מיתה לבעלה יותר יגרם שיגרשה ויעמוד חי אע"כ משום דאין מזלה מהפך רצון ובחירה של אחר ואם האשה בת זוגו אהבה ואחדות ביניהם כמ"ש במ"ח בסדר נשים מסכת זיווג הנשמות פ"א ובפ"ב ע"כ אין רוצה לגרשה.

ונראה עוד דהיה קשה לרש"י למ"ד אירסה ומת דא"כ למה תניא נשאת לראשון ומת נשאת לשני ומת נ"ת לשלישי דיותר הל"ל אירסה דכלע ממילא גם כשנשאת משא"כ השתא י"ל דוקא נשאת דמעיין גורם ולא מזל לכן ס"ל לרש"י דלכ"ע באירסה אין חזקה פחות מג"פ.

סימן יו"ד

ס"ב חרש שגירש וכו' כן לשון הרמב"ם ובירושלמי פרק חרש ה"א אשתו של חרש שגרשה חרש והלכה ונשאת לחרש או לפקח קורא אני עליה לא יוכל בעלה הראשון אשר שלחה לשוב לקחתה אשתו של פיקח שגרשה והלכה ונשאת לחרש או לפקח קורא אני עליה לא יוכל בעלה וכו' ומזה השיגו ראב"ד לרמב"ם בפי"א מה"ג והה"מ ושאר מפרשים שיבשו הירושלמי וגם לראב"ד קשה בקיפא מנ"ל או לפקח דהא זה מבואר בקרא כיון דראשון ושני פיקח ועוד קשה אם אנ"ל למה כקטוהו הירושלמי ורמב"ם כלל ומבואר בהליכות עולם שער ג' דאינו מתרץ זו ואנ"ל זו אלא מדוחק גדול דלא אפשר ליה בלא"ה ומפרש בשתי תיבות בחד בבא ובגזרה אחת אין מתרלין אפילו לא זו אף זו וכ"ש אנ"ל וכמ"ש ביבין שמועה כלל כ"ט.

ונראה כוונת הירושלמי לחרש או לפיקח בחד גברא עתים חלים עתים חרש ולא בדקוהו העדים אז לכן באשתו של פיקח שגירשה ונשאת לספק חרש או פיקח דהוי ספיקא דאורייתא אסורה לחזור לראשון ואין לדקדק דא"כ הל"ל לחרש או פיקח דגם בקרא מליכו בחד גברא בשני מודין כמו לעבדך ליעקב לאדוני לעשו ובאשת חרש דרישא עכל"ל דל"ד בנשאת לספק חרש או פיקח דאם נשאת לחרש לבד או לפיקח לבד מותרת לראשון א"כ הוי ספיקא דרבנן כיון דקידושי חרש הראשון רק מדרבנן והא דנקיט ברישא לחרש או לפיקח אגב סיפא וכדאיתא בפרק כל התדיר דף ל"א ע"ב במערבא תנא רישא משום סיפא והסכרה לזה משום דאנ"ל או לפיקח עכל"ל משום דסיפא דוקא תנא כן נמי ברישא וזה רמזו הרמב"ם ואנ"ל לפיקח והא דלא מייתי הרמב"ם דין הירושלמי כלורתו דהלכה ונשאת לספק חרש או פיקח ה"ט דלפימ"ש הר"ס בים ספק לעדים הוי כמקדש בלא עדים עיין חמ"ח סימן למ"ד ועיין נתיבות בדיני תפיסה אות ז' י"ן דדוקא דהעדים מסופקין מחמת שלא ראו כל הדבר שהיו יכולין לראות הוי חלי דבר עיי"ש וה"כ היו יכולין לבדקו אם אותו שעה היה חרש או פיקח אך הירושלמי לשיטתו דבקידושין פרק האומר ה"ח ס"ל מקדש בע"א הוי קידושין ואייתי ראיה ממתניתא ואלו בבבלי דף ס"ה ונסיק דל"ה קידושין ודחה אותו ראיה ופרש"י שם משום דילפינן דבר דבר מממון דלריך שני עדים א"כ הא דדבר ולא חלי דבר תליא כמי בזה אי ילפינן קידושין מממון ולכן לא פסק הרמב"ם בירושלמי בזה כמלא דברי רמב"ם מוכרחין בלא שום הגהה בירושלמי ובזה מיושב קושיות יש"ש בפרק חרש דין ב' ההא דקאמר בירושלמי שם אשתו של חרש אפילו אש"ת אין בה ואם בא אחר וקידשה נתפסו בה קידושין גירש מותרת להנשא לראשון הדא היא דתנא ר"ח אשתו של חרש שגירשה חרש והלכה ונשאת לחרש או לפיקח וכו' דמה ראיה מדתני ר"ח עיי"ש וגם פני משה נדחק בזה ולפימ"ש א"ש דראייתו כלפי מ"ד בבבלי ר"פ חרש דחרש הוי ספק פיקח לעולם והבא על אשתו חייב אשם תלוי לזה מכריח כאן דאינו ספק דאל"כ למה תני ר"ח לחרש או לפיקח דע"כ לחד גברא וספק אם חרש או פיקח וכמ"ש והא כל חרש הוי ספק אע"כ דכל חרש אינו ספק והדא דתני ר"ח לחרש או לפיקח משום דחרש סתם אינו ספק ועיין בשו"ת מייתני בסוף תשובה ראשונה מהלכות אישות דמהר"ם הביא ראיה לסברתו הנ"ל מהרמב"ם דדוקא בעדי יחוד הוי ספק קידושין משא"כ בשאר קידושין כל שיש ספק לעדים אינה מקודשת כלל והטעם משום דביאה א"א לעדים לראות דגנאי הוא עיי"ש ושלא יהא זר הפירש בירושלמי אביא כיולא מהכלבו סימן ל"ח אברייתא דבק"פ אחת לששים או לשבעים שנה היתה באה של שיריים לחלאין וז"ל דבר מסופק לששים או לע' כלומר פעמים לזה או פעמים לזה עכ"ל הרי דעל פעמים לזה עשה כלומר דפשוטו יותר לפרש שהדבר מסופק אי לששים אי לשבעים רק כיון דודאי לאו תמיד מזדמן בחד זמן ל"ל דהספק היינו פעמים כך ופעמים כך וכן לשון תורה בפרשת נשא וקנא את אשתו והיא נטמאה או עבר וכו' והיא לא נטמאה ופרש"י וכן הוא בסוטה דף כ"ח דספק אם נטמאה אם לאו.

ס"ג משום ש"ר בנו"ב מהא"ע סימן י"א כתב דאם הודית שזינתה וגירשה ואח"כ העידה אשה אחרת שאמרה לה שתודה משום קטטה שהיה לה עם בעל והכה אותה מכת מות דכאומנת דהוי כע"א מעיד בשאר איסורין ולא איתחזיק איסורא ובאב"מ השיגו דסוטה הוי דבשב"ע. ולפימ"ש כה"מ בחו"מ סימן כ"ח סק"ז דדבר שבערוה או ממון ה"ד במעידין על גמר הדבר שנתגרשה או זה לוה מזה אבל כשאין מעידין על גמ"ד הוי רק כשאר איסור ואם ליכא חזקת איסור ע"א נאמן עיי"ש י"ל ה"כ האשה אינה מעידה שלא זינתה רק מעידה על המודעא.

אך לפימ"ש תב"ש בסימן ח"י ס"ק כ"ט עמ"ש טו"ז וש"ך שם בנאבד הסכין ואח"כ נמלא פגום הואיל וילא הדבר בהיתר חשוב חז"ה אף דעכשיו הספק שמא בטעות איתחזיק היתרא מ"מ חשוב חזקה ואין מוליאין מחזקתו כ"א בראיה ברורה עיי"ש ה"כ כיון דאיתחזיק איסורא אף דלפי עדות האשה על המודעא

שמודעא הוי החזקה בטעות מ"מ כיון דאנן החזקינה עד עכשיו באיסור חשוב חזקת איסור אך י"ל לפמ"ש בחו"ד בסימן קפ"ה דאיסור שנתחזיק רק מחמת דשאח"ד ל"ח איתחזיק כיון דבאמת לא מהימנה רק על עצמה ולא כנגד אחריני עיי"ש ובזה ליכא ראיה ממה שהביא התב"ש דהתם לכ"ע איתחזיק למה דאיתחזיק עיי"ש ואף דהכא נאסרה ע"י הודאתה שזינתה לכהנים אף אם היה מת בעלה מ"מ לא נתחזקה לזונה לגבי אחריני רק איסור רביעה עלה מכח דשאכח"ד וכמ"ש החו"ד שם באמרה נתקדשתי בפני רבים דאף דנאסרה אכ"ע לא נתחזקה באיסור א"א דלא היימנוה הרבים ולא נאסרה על אחרים משום א"א רק אנפשה איסורא הוא דרביעה ולא נעשית בחזקת א"א ואף דכאן בעלה הימנה מ"מ לא משום זה הוי כודאי זונה רק ספק וכמ"ש לעיל סי' וא"ו מהרמב"ס פח"י מהא"ב דל"ל דהחו"ד לא כתב שם רק בכ"ד דלריך שתחזיק עצמה בפני רבים דזה לא הוי חזקה בפני רבים משא"כ הכא לענין העדאת ע"א מה לנו ברבים דמ"מ כיון דנאמנת על עצמה איתחזקית היא עצמה באיסור ותו, לא מהימן ע"א להתירה דהמעיין בחו"ד שם יראה דזה לא חשוב חזקה כלל דלא החזיקוה רבים בא"א כלל אח"כ ראיתי בפ"ת לקמן סימן קט"ו סקל"ו בשם חמדת שלמה שהשיג על הב"ש שכתב הואיל והאשה מעידה על תחלת הענין ל"ה במקום חזקת איסור דתמוה כיון דכבר נתחזקה ע"י שהפקידה כתובתה שוב אין ע"א נאמן להוליאה ואי כיונא דע"א נאמן לא ידעתי מה אולמא דאשה אחרת מהיא גופה עכ"ל ולפמ"ש אין תימה דמה דמפקדת כתובתה לא עדיף הודאתה משאכח"ד דלא מהימנה רק לגבי דידה ולא כגד אחריני ולא חשוב חזקה גם מ"ש דמה אולמא דאשה אחרת מהיא גופה ודאי אולמא דהיא גופה י"ל דעכ"ב שיחזירנה וכדלעיל סימן ז"יין ס"ב וס"ג בשבויה דאפילו שפחה ועבד ואשה נאמנים שלא נתייחד עכו"ם עמה והיא גופה או בעלה או אפילו כהן אחר שהעיד לא ישאנה ואף דשבויה רגל"ד שנאנסה ה"כ לולא עדותה רגל"ל דלא היתה אומרת על עצמה שזינתה א"ל זינתה וכמ"ש הר"ן בסוף נדרים דלמסנה כאשונה אומרת טה"ל נאמנת ומפקעת עצמה מבעלה ואף די"ל משום קטטה ומשום דעכ"ב אומרת כן מ"מ היימנוה רבנן דא"ל דקושטא קאמרה לא הות מזלזלה נפשה למימר הכי ועוד לולא העדות על המודעא היא חשודה על הזנות לפי דבריה שהודית שזינתה וכהי דאאמע"ר מ"מ לגבי נפשה חשודה וכמ"ש בחו"מ סימן ל"ב ס"ה ובקידושין דף ע"ג ע"ב כ"ז שלא נאסף מן השוק אביו ואמו נאמנין עליו והא"כ א"כ עליו כיון שילא עליו שם אסופי ובירושלמי שם דאי לריך שני עדים נראה הטעם משום דהוחזק לאסופי ברבים א"כ אביו או אמו כנגד חזקה ועיין תב"ש סי' א' סוף מ"ס דדוקא כשלא נשאר ספק בלב השומעים הוי חזקה וא"א להוליאה מחזקה אלא בראיה ברורה.

כפל דבריו עמ"ש בערך ש"י על חו"מ סי' רמ"א ובחידושי לגיטין דף מ"ו.

ש"ן יכול להחזירה עב"ש שהוליא דין מחודש מחמת הקושיא דלמה גם בנדר הוא ל"ח לקלקולא ולע"ד דבנדר הוא הרי משכחתו אותה כדר ל"ל אלו הייתי יודע וכן מלאתי בפנ"י ויש להוסיף דל"ח דאמר שנתחרט אח"כ ואלמלי ידע שיש היתר לנדרו היה מתיר ולא היה מגרש דמוקמינן אחזקתו וכמ"ש תוס' בפרק השולח דף ל"ג בד"ה ואפקעינהו אהא דנזיר ששתה יין לוקה ול"ה התראת ספק ובזה י"ל מה דקאמר הש"ס בדף מ"ו ע"ב מ"ד לגזור משום דר"כ דאמר כל הנודר וכו' דפרש"י דה"א דנקנסיה דקשה בשלמא אם האשה פרולה בנדר ובעריות י"ל קנסוה אף דנוגע הקנס גם לבעל והוא לא פשע משום דיותר ממה שהאיש רולה לישא אשה רולה להנשא ויותר הבעל מולא לישא אשה ממה שהאשה תמלא בעל כדאיתא בר"פ חרש ובגיטין דף מ"ט ע"ב ובתוס' שם בד"ה משום אבל לקנוס הבעל מה חזית כיון דהקנס נוגע להאשה יותר והיא לא פשעה ומה"ט נראה דפירש הרמב"ם במשנה שם שנדר שלא תהא בינו ובינה נשואין לעולם וגירשה ורולה להתיר הנדר דזה לא נזכר כלל בגמרא רק קונס א"ל יגרשה אלא דס"ל דה"א שלא נזדקק לו להתיר נדרו דמשום מאי חזית נהא עכ"פ בשוא"ת אבל אין סברא כלל לקנסו ולאסור איסר על נפשו ולהפסידה אך לפמ"ש י"ל כונת הגמרא משום דר"כ דמלוה שיתשל על נדרו הוי חזקה דעשויה להשתנות בודאי דמה"ט איתא בנדרים דף כ"ב דחשוב דשיל"מ וודאי אלמלי ידע שיש היתר לנדרו היה מתיר נדרו ויש לגזור משום קלקולא כמו בנדרה ה"א קמ"ל ולרש"י ל"ל דקמ"ל דאין בזו משום תקון העולם עד שנחמת תקון הרבים לא נחוש להפסדה.

ורמב"ם השמיט האי דינא כלל ונראה משום דמהיכי תיתי לחדש גזרה שלא הוזכר אלא משום דהתנא"ס קבלו בלשון המשנה המוליא אשתו משום נדר ה"א דבכלל זה גם כשנדר הוא אבל הרמב"ס דביאר כשנדרה היא תו אין חשש.

סימן י"א

ס"א עדים שנסתרה דעת ה"ג דאין מוליאין מהבעל על שילאו העדים כמבואר בשפוררת והרא"ש בפרק שני דיבמות ס"ח הקשה דהא אפילו חיוב מיתה ע"י שראוהו עדים כדרך המנאפים כדאיתא בב"מ דף ל"א ובמכות דף ז"יין וכיון דבד"כ דכתיב והלילו העדה סגי בהכי כ"ש לאוסרה על בעלה וכ"פ ר"ח ז"ל מראיה זו עיי"ש ולכאורה תמוה רבתי על ה"ג ונראה דחיוב מיתה שאני דלריך התראה ושיתיר עלמו למיתה ויאמר ע"מ כן אני עושה ותכ"ד להתראה יעבור כמבואר ברמב"ס פי"ב מהל' סנהדרין ה"ב ובפרק היו בודקין מ"ס ע"ב והרי הודה בעלמו שעושה העברה ול"ל שמא חזר בו דמוקמינן על חזקתו שלא נתחרט כמ"ש תוס' בגיטין דף ל"ג בהא דהתרו בו בנזיר אל תשתה דלוקה ול"ה התראת ספק דשמא יתיר נדרו משום דמוקמינן על חזקתו ואף דסברא הוא שכדי לפטור ממלקות ישראל על הנדר מ"מ כיון דהתיר עלמו ואמר ע"מ כן ולא אמר שבדעתו לשאול על הנדר מוקמינן על חזקתו ה"נ ועש"ך חו"מ סימן ל"ד סק"ח דאחר התראה שלא יעבור על השבועה א"כ לומר אונס הייתי כיון שלא אמר כן בשעת מעשה ה"נ לא אמר שלא יבעול ועיין מהרש"א ב"ק ר"פ שור שנגח את הפרה אף דמודה בקנס פטור מ"מ בגמל אוחר בין הגמלים או שור שרדף אחר שור ונמלא הרוג חייב בהודאות עלמו דאנן סהדי כיון שאינו מכחיש משא"כ לאסור אשה על בעלה דא"ל התראה י"ל שמא לא בעל ולא סגי באומדנא וכן משמע ממה דיליף בסנהדרין שם עד שיתיר עלמו למיתה דכתיב יומת המת ופרש"י משמע כבר הוא כמת קודם שבא לב"ד שחייב

שחייב עלמו מיתה בפיו עכ"ל ואיך במה שחייב עלמו מיתה בפיו כבר הוא כמת אלא משום דודאי יעבור ועומד לכך וכמו כל העומד לשרוף כשרוף דמי בסוכה דף ל"ה וודאי א"א לעשות שניף מזה כיון שנכנסה בס"ע לקמן סימן כ"ף וקע"ח כרא"ם ור"ה מ"מ מלוה לייסב דברי ההלכות גדולות ובאס"ז ב"מ דף ל"א כתב הר"ר יונתן כיון שעמד על כרסה של אשה ופרץ פרלה כזו על אשת חברו ודאי גמר תאוותו ולפ"ז י"ל דוקא אם ילדו לכך משום תאוה אבל למשנה אחרונה דשלהי נדרים דאומרת טמא"ל איכה נאמנת דתלינן דעכ"ב ש"ל לה"ג דה"כ י"ל לא ילדו כלל לתאוה רק שכרתו כדי להפקיע עלמה מבעלה אבל בחיוב מיתה נ"ל כן דמ"מ מה קסברי אם סברי דנתלה שלא נבעלה א"כ לא תלא מבעלה ואם נתלה שנבעלה הרי ימותו וכה"ג כתב בשו"ת מיימוני להלכות אישות סימן ח"ת שהיו עדים על א"א שנתייחדה עם בחור בלילה ומאחורי הכותל שמעו אותם שמנשקין כדרך ב"א שמשמשין מטותיהן דתלינן משום שעכ"ב השמיעה קול תשמיש כדי שיוליאנה דא"ל לאמר כן ומה הועילו חכמים בתקנתן דחשו לעכ"ב הא תוכל למלוא לה דרך ליפטר מבעלה כדרך הזה שו"ר בכנ"ת חא"ע סימן י"א תי"ן כמ"ש בתיכן כאשון ואני הוספתי טעם לשבח.

דבר מכוער כתב ב"ש מן הבעל אלא בע"ע ואם א"י אם באונס בא עליה ל"א באונס בא עליה והב"מ הקשה ממה דכתב הר"ן והובא לקמן סימן ק"ח אשה דפ"פ מלאתי אם טוענת שהיתה אנוסה נאמנת עיי"ש וכ"ל לפמ"ש הסמ"ע בסימן ל"ב סק"י אהא דכתב הש"ע שם דאם יש עדים שלקח ממון חברו פסול לשבועה אבל בלא עדים שמא ס"מ ישבע י"ל עליו ופי' הסמ"ע שהתובע לקחת ממני או הפקדתי אצלך והלה כופר דתקחז"ל שישבע היסת ולא אמרינן מגו דחשוד בעיניו אממונא חשוד נמי אשבועה אלא אמרינן שמא מ"מ י"ל עליו כיון דחשוד רק בעיני תובע עיי"ש וכונתו נראה לפמ"ש ר"י מיגאש בתשובה קכ"ז מעשה שנתחייב אחד אלל הרי"ף היסת ואמר התובע יודע אני שהשבע לשקר שכבר נשבעת לפלוני ופלוני בשקר ואמר הרי"ף כיון שהודית שהוא חשוד פטור מלישבע ע"כ וא"כ ה"כ כיון שלפי טענת התובע שהכחשבע גזלו או כופר פקדונו הרי אללו ודאי חשוד אממונא ואיך ישביעהו מ"מ תלינן בקמי"י כיון שליכא שני עדים ומכח זה כתב הנתיבות בסימן ל"א כן ג"כ לענין לתלות באונס דג"כ יש חלוק זה דאם עבר בפני שני עדים לא תלינן באונס כמבואר בחו"מ קל"ד ומש"כ בעבר רק כנגד ע"א תלינן באונס והבי"א ראיה לזה וא"כ ה"כ בים שני ע"ע לא תלינן באונס אפילו טוענת נאנסתי ומש"כ היכי דליכא רק בעל אומר פ"פ מלאתי כהי דלגבי עלמו כעדים דמי דשאנ"ד מ"מ ליכא שני עדים וי"ל נאנסתי וכשהיא בעלה ביודעי ואיפסתי יותר מ"ב"ה ונמלאת מעוברת מ"מ י"ל בלכנא בא רק כיון דאינה טוענת הכי לא תלינן בזה כדלעיל סימן ד' ס"ק ד' או כיון דבעל יודע בעלמו דלא בא מ"מ ליכא שני עדים ול"ל דס"ל להכי' דאונס דל"ם דוחה טענת ברי דידה ועיין יו"ד סימן רל"ב ס"ק ב"ך סק"ה שכ"כ הכה"א דא"כ לומר אנוס הייתי משום דאונס לא שכיח ויש עדים שעבר.

ועוי"ל כיון דאונס ל"ם ורוב ברלון הוי כברי דידה כדאיתא ברפ"ב דכתובות כיון דאיכא רובא כבו"ם דמי. ואם כן הוי ספק ואסורה לבעל אף דים לומר ח"כ מ"מ מדרבנן לא סמכינן אחזקה בספק איסור דאורייתא וכמ"ש הרא"ה בבד"ה בשער התערובות.

כתב הרא"ם בפ"ב דיבמות ס"ס ח"ת דפסק הש"ס בקדל"פ ובע"כ כרבי דמוליאין מהבעל אבל בראיית הבעל לחוד לא מפקינן אפילו בקדל"פ ועדי כיעור וקדל"פ חשוב כפ"פ או כע"א אחר קינוי וסתירה וכתב הטור וב"ש דוקא אם אין לה בנים והחנ"ח סק"ה השיגו מדמשוה הרא"ם לפ"פ וע"א בקו"ם הוי כעדי טומאה ממש ואפילו ב"ל בנים מוליאין מהבעל ולפע"ד מדמחלק הרא"ם בין ראיית הבעל לראיית עדים ע"כ רק מדרבנן חשוב כפ"פ וע"א בקו"ם דאל"כ גם בראיית הבעל הרי שאנ"ד אע"כ כמ"ש הרא"ה בבד"ה בשער התערובות דהיכא דליכא רק איסור מדרבנן גבי אשה אין לאוי לאסמכינו על פיו לאוסרה עליו ונראה דזה לא חמיר מלאו אריה שנכנס בין השוורים ונמלא לפוכן בגבו של אחד או בהוא שותק והן מקרקרין דשכיח יותר לאיסור מלהיתר וכתב הטו"ז ביו"ד ר"ס כ"ע דזה נתכוין הרמב"ם בדע"ה מהלכות שחיטה שבדרוסה החמירו והרי מבואר דהחמירו חכז"ל ומשום דמד"ת י"ל אוקמוה בחזקת כשרות אף דשכיח יותר לאיסור וכ"כ בפלתי סימן כן בראיות דאף דשכיח יותר לאיסור מן התורה מוקמינן אחזקתה וכ"ש לאסור אשה על בעלה דכתיב כי מלא בה ערות דבר ודחז"ל בשלהי גיטין דף פ"ט דבר ברור וגם מ"ש בחידושי רשב"א בפא"ט דמ"ו בתחילת מעשה הטורף והספק אם גמר דאסור ע"כ רק מדרבנן דהא בפד"א דף ל"א כתב בכת אחד ומשמע"ל אי קרוב לה לכ"ע רק איסור דרבנן דמה"ת מוקמינן על חזקתה והנה לא חלקו הרא"ם והטור בין האשה מודית להבעל על דבר המכוער שראה או מכחשת וי"ל כיון דאם מכחשת לא מוליאין אותה השתא נמי נאמנת לומר דלא נטמאה דשפה שאסר הוא שהתיר ולהחנ"ח ל"ל דשלהי עדי כיעור מדלא נזהרה לשמור א"ע מעדים לא תלינן שמא משום דעכ"ב הערימה ושכרה את הכטען לעשות כן ומש"כ כשלא ראה רק הבעל תלינן באמתלא וכעין שכתב מהר"ל הובא בטו"ז יו"ד סימן קפ"ה סק"ב ואף דכאן ל"ל דמנכה שאומר לבעלה האמתלא דהא עושה כדי להפקיעה את עלמה מ"מ כאן עדיף דמנכה שאחרים יתלו דבעלה משקר והפלתי שם כתב דמשום אמתלא לא היתה מביאה לעלמה שם רע ברבים ועוד כבר כתבתי בסמוך דכנגד עדים לא תלינן בשום דבר ומש"כ בליכא שני עדים תלינן בכל מה דאפשר לתלות וגם תלינן דאחד אומר בדדמי כמבואר בכה"ת בסימן ל"א והא דע"י קינוי וסתירה נאסרה אם ע"א מעיד שנטמאה משום דים עדים על הקו"ם וזולת העד שראה שזינתה כדפרש"י בפ"ק דכתובות דף ט"ת וגם מה דאיתא התם דפ"פ כשני עדים דמי אף דפ"פ הבעל לבדו אומר מ"מ לא מדמי הרא"ם כיעור לפ"פ רק כשים שני ע"כ אבל בראיית הבעל לבדו כיון דע"י הכיעור ג"כ אינו ודאי ממש שזינתה תלינן דבעל אומר בדדמי או שאר אמתלאות וכעין שכתב הנמ"י בשם המפרשים בפמ"ז בד"ה בקשתא בעיליתא אהא דלריך שהדי דדר בו המוכר חד יומא אף דים ללוקח זה מגו דלקחתיה ממך כיון שהחזיק ג"ש ומשום דלא מפיו אנו חיין שנאמין כ"כ לדבריו משום

משום מגו על שנצטרך לברר ספק אחד מדעתינו עיי״ש ה״נ בראה הבעל דבר מכוער עדיין צריך בירור מדעתינו מכח הוכחה ואומדנא שזינתה ומשא״כ באמר פ״פ מצאתי ואף דכאן לגבי עצמו הודאתו כמ״ע דשאנ״ד מ״מ הרי כתב הרא״ה בבד״ה דאין ראוי להאמינו על פיו לאסרה עליו ואף דהרא״ה כ״כ לענין איסור דרבנן ס״ל להרא״ש בדאורייתא נמי הך סברא.

ובירושלמי פי׳ המדיר ה״ו ראו אותה חוגרת בסינר רוכב יוצא מתוך ביתה או רוק גבי מטתה או שניהן יוצאין ממקום אפל כעור הדבר ותלא וכולהן אם הביאה ראיה לדבריה נאמנת ופרשו ק״ע ופ״מ שכהנה אמתלא ומפני מה עשתה כן ולא היה זנות נאמנת ובש״ך שם כתב שהרי אפילו בהוחזקה נדה בשכנותיה אמרינן בפ״ב בבבלי וירושלמי דנאמנת כ״ש כאן עכ״ל ותמוה דבהוחזקה נדה בשכנותיה קי״ל דל״מ אמתלא וכדאיתא ביו״ד סימן קפ״ה ולא אמרו דמהני אמתלא רק באמרה לבעלה שהיא נדה כדאיתא בבבלי דף כ״ב ובירושלמי פ״ב הלכה ה׳ ושם הלשון מכיון שהביאה אמתלא לדבריה נאמנת ולמה כאן אמר שהביאה ראיה לדבריה לכן כ״ל אדרבה כגד מעשה שעשתה ובאו עדים לא מהני אמתלא וצריכה דוקא ראיה לדבריה וא״ת אם מביאה ראיה ל״ש לומר דנאמנת י״ל דאין הראיה שראו שלא זינתה דזה א״א דהא אם יש עדים ליכא דבר מכוער כיון דלא נסתרה בלא עדים אלא שמביאה ראיה על האמתלא וכעין שכתב הטו״ז ביו״ד סימן קפ״ה שגלתה תחלה לפני עדים האמתלא או דמיירי שהביאה ראיה לדבריה שלא זינתה שיש לה עדים שלא שהתה עמהן כדי טומאה דנסתפק ההמ״ה בקק״ג אולי מחמת כיעור זה יש לחוש דבפעם אחר זינתה לזה אמר הירושלמי דנאמנת שלא זינתה וכדעת הב״ש שכתב דכ״מ ברמב״ם ולפי מ״ש הרמב״ם נגד זה מהירושלמי וזה נראה עיקר דאמתלא מאן דכר שמיה ומוכח דדוקא הביאה ראיה אבל אם העדים א״י אי שהתה כדי טומאה אינה נאמנת וכ״ד הפאלים בנוב״ת סימן ק״ס.

ובישע״ך קק״ג בפירש הקלר כתב מה״ת נסתפק אי כבר זינתה דאפילו ודאי זינתה עכשיו נאמר הספק דילמא ומז״כ ושפיר קאמר וכראה דקמ״ל הירושלמי דכיון דפרלה כ״כ וא״י לאו דבאו עדים היתה גומרת העבירה מעם תהא חשודה אמכאן ולהבא שמא תזכה דכסי דעל לעבר יש חזקה אלהבא ליכא כמו במה מת ל״ח שמא ימות חיישינן וכ״כ ב״ש ר״ס סימן קט״ו דע״י פריצות חיישינן שמא תזכה קמ״ל הירושלמי דלא אבדה נאמנותה והיינו דקאמר נאמנת.

הג״ה ע״א בדבר מכוער עיין חמ״ה וב״ש ומקורו מנו״ת מיימני בסוף הלכות אישות סב״ה בעובדא שהלך בעלה ושהה יב״ח וילדה ובא אביה לב״ד ושאל אם יהרגנה כי ילדה ממזר כי יש יותר משנה שהלך בעלה ממנה ואינו יכול לכפור והיא זונה גמור וכאשר מוכיח אותה ומגזמת לילך בין העכו״ם ואומרת שאינה אשה הראשונה שעשתה רעה וגם עד אחד העיד בב״ד שראה אותה עם עכו״ם בלילה וחבקוה וגפפוה ושחקו עמה והשיב מהר״ס דאע״ג דאמר בקידושין דף ס״ו בע״א שא״ל אשתך זנתה דאי מהימן ליה כבי תרי יגרשה הכא אפילו חד מינייהו מהימן כבי תרי לא מצי לאפוקה בע״כ אפומיה כיון דהיא אומרת דבעלה הניחה מעוברת

וקי״ל כרבה תוספאה דתלינן דאישתהי עד יב״ח ובע״א של דבר מכוער לא אסרינן לה אגברא אפילו מהימן כבי תרי זולת בעד טומאה והאריך בביאור דברי השאלתות דאם הבעל לבדו ראה דבר מכוער לא מפקינן רק בקדל״פ ובנידון זה אלו היו עדי כיעור נראה דכ״ע מודים שאסורה לבעלה כיון דילדה לסוף יב״ח וא״י ליכא אלא אותו האחד שמלא עכו״ס מגפפים אותה אי מהימן ליה כבי תרי חייב להוציאה ואפילו ע״י עדות אביה בלבד שהעיד שבתו זינתה אי מהימן ליה כבי תרי אסור לקיימה כדמשמע בפרק האומר בקידושין שם ואין חילוק בין עד שאינו קרוב לקרוב וכן משמע מדברי הרמב״ם כללא דמלתא אסור לו לקיימה ורשאי לזרוק לה גט בעל כרחה את״ד ועמדו כל אחרונים דסותר א״ע דתחלה כתב דע״י ע״א כיעור לא אסרינן לה והדר כתב דחייב להוציאה וכ״ל דתחלה קאי אמה דאמר דלא מצי לאפוקה בעל כרחה ומשום חדרגמ״ה מש״ה לא סגי במה דמהימן ליה וי״ל אף דשאנ״ד מ״מ כיון דלא סמכינן עליו ומשועבד לה מותר גם לדור עמה וכדעת הי״א המובא לקמן סימן קע״ח ס״ע בהג״ה או אפילו לדעת י״א הראשון דשם אין כופין אותו לשמש מ״מ לא יוכל לגרשה בעל כרחה די״ל עכ״ב וכמ״ש רמב״ן בשו״ת מיוחסות סי׳ קל״ג ובשו״ת רשב״א אלף רל״ז וכס״ג כתב מהר״ם עצמו הובא בים״ש פ״ב דיבמות סח״י דבעל האומר אשתו זינתה והיא כופרת דאסורה עליו דשאנה״ד ואינו כאמן לגרשה בע״כ ויהא בעיגון וס״ל למהר״ס דכשיש ע״א טומאה הוי כרגל״ד ואז מהימן הבעל לומר דמהימן ליה ויכול לגרשה בע״כ משא״כ בעד כיעור נהי דאומר הבעל דמהימן ליה והוי כראה בעצמו בה כיעור מ״מ לדידן לא עדיף אנו מיין להאמינו כל כך עד שנברר עוד ספק אחד מדעתינו לומר כיון דעשתה דבר מכוער ודאי זינתה וכעין שכתב הכמ״י בהא דקשתא בעילותא הבאתיו לעיל אבל אכפשיה שויה חד״א וחייב להוציאה אם תרצה לקבל גט וכתובה דאז ליכא משום חדר״ג ולכן לא כתב מהר״ס דיוציאה בע״כ ויזרוק לה גט דזה אין אנו מתירין לו כיון דאכן לא אסרינן לה רק הוא אסרה על עצמו ולכן בתחלה כתב לא אסרינן לה דהיינו הב״ד אין אוסרין אותה דאינו בדין להאמינו רק הוא אסר על עצמו מכח שאנה״ד וכ״מ כמי דאיכא אסורה לבועל וכהנים וכן מוכח דמ״ש חייב להוציאה היינו אם מרוצות בגט דל״ל חייב להוציאה בע״כ דהא לבסוף כתב רק דרשאי לזרוק לה גט בע״כ ולא דחייב וכן ברא״ש ר״פ החולץ כתב בשם מהר״ס דסוטה אינו חייב לגרשה כיון דבוכחה ומאיסה בעיניו ל״ח שיבא עליה אע״כ מיירי כאן דחייב להוציאה אם תרצה לקבל גט כיון דשונאה ומאיסה בעיניו ומפרש לפי האופן שכתבתי דאסור לשמש א״כ חייב להוציאה שלא יעגנה ותזנה עוד תדע עוד דאס מיירי שחייב להוציאה בע״כ מה ראיה מייתי מקידושין דלא היה משועבד לה מכח חדרגמ״ה ולא היה חשש איסור חרס וכן מה ראיה מהרמב״ם דלא הביא חדרגמ״ה ולא היה כלל במדינתו ולבסוף מסיק כללא דמלתא שרשאי לזרוק לה גט בע״כ משום דאביה העיד שזינתה ומהימן ליה כבי תרי דהוי כע״א דטומאה ואדרבא סברא יותר דקושטא קאמר שלא יגנה עצמו אם אינו ברור אצלו דאת אביה היא מחללת ואף דאביה אמר מכח הוכחה שילדה ליב״ח ואכן קי״ל דתלינן דאישתהי מ״מ כיון דאמר שהיא

שהיא זונה גמור ובתי כמי אמרה לו שאינה הראשונה שעשתה רעה הרי הודית לפניו שאין הולד מבעלה וגם כיון שהרגה הולד מוכח דממזר הוא ולא חייסה עליו כדאיתא בקידושין פרק האומר דף ע"ג דעל בן כשר מרחמת שלא כהורגו ולא על ממזר ועוד כיון דזולת אביה יש עוד ע"א על כיעור מרבה רגלייס לדבר ואפילו שתי נשים עדיפי קלת מע"א כשר כדלקמן בסימן י"ז סל"ח בחמ"ח ס"ק ע"ו בשם הה"מ ושני פסולים עדיפי מפסול אחד כדאיתא שם סעיף מ"ס ודעת מהריב"ל דבשני פסולים לא חיישינן דאמרי בדדמי אף דבע"א כשר חיישינן דאומר בדדמי והובא בבה"ט שם סעיף כו"ן ס"ק קכ"ב ועוד כיון דמה שהעיד אביה ומה שהעיד העד אינם על דבר אחד י"ל לענין איסור אדרבנ"ה הוי כעין ס"ס שמא העד מעיד אמת ושמא אביה ועיין בד"מ לקמן סימן קע"ו אות י"ז ותראה שכן הבין במהר"ס דע"א בכיעור ומהימן ליה כבי תרי לא יוכל לגרשה בע"כ ומ"ש לבסוף דיזרוק לה גט בע"כ משום דהוי עד טומאה ואפשר מה שמתחלה הביא מלשון הש"ס אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה ואח"כ כתב אי מהימן כבי תרי לומר דבעד כיעור אפילו גם לדידן מוחזק במהימן לא יוכל לגרשה בע"כ ובעד טומאה דוקא אי מהימן גם לדידן ולא בהעד הוא מן הריקים וכדומה וכה"ג כתב רבינו משולם במרדכי פ' האומר בקידושין סימן תקכ"ע דאם ידוע שהוא נאמן יש לחוש.

ויש ראיה עוד למ"ש מדשינה הלשון דכתב דאם ע"א מעיד על כיעור ומהימן ליה כבי תרי חייב להוציאה ואפילו אביה לבד מעיד שזינתה ומהימן ליה כבי תרי אסור לקיימה ולמה כאן כתב חייב להוציאה וכאן כתב אסור לקיימה וכן ברמב"ם פכ"ד מהלכות אישות הי"ז כתב דאם דעתו סומכת על הקרוב שאומר שזינתה חייב להוציא ואסור לו לבא עליה למה כפל במלות שונות אלא הוא הדבר אשר דברתי דחייב להוציאה אם רוצה לקבל גט שלא יעגנה ואם אין רוצה לקבל הגט אין לו לחוש לעיגון שלה ואינו מחויב לגרשה בע"כ וכמ"ש מהר"ס דרשאי לזרוק לה גט ולא חייב לכן דקדק וכתב ואסור לו לבוא עליה וכן מהר"ס ברישא בעד כיעור דאינו רשאי לגרשה בע"כ כמ"ש כבר בתחלה רק אם רוצה לקבל גט חייב להוציאה לכן כתב חייב להוציאה משא"כ באביה מעיד שזינתה דרשאי לגרשה בע"כ כמו מלכתוב חייב דהא אינו חייב לגרשה בע"כ אם אין רוצה להתגרש לכן כתב רק אסור לקיימה דהיינו לבוא עליה ואף דבמהר"ס י"ל עוד דרישא דליכא רק עד כיעור ואינו ודאי שזינתה אינה מאוסה בעיניו ואיישינן שיבא עליה לכן כתב דחייב להוציא משא"כ באביה מעיד שזינתה ומהימן ליה כבי תרי מאוסה בעיניו ל"ח שיבא עליה ואינו חייב להוציאה רק אסור לקיימה בקיומה לאישות וכה"ג מחלק הב"ש סימן קי"ז סק"ח מ"מ ברמב"ם דמעיד שזינתה ל"ל כך וגם למה כפל חייב להוציא ואסור לבוא עליה ועוד גם במהר"ס קשה כיון דשיטתו שם דעדי כיעור הוי ממש כעידי זנות א"כ מאוסה בעיניו וכן נראה כונת הטור לקמן סימן קע"ו שכתב דאם ע"א אומר שזנתה אסור לו לעמוד עמה אם מאמין לו כבי תרי וכן כשאומרת אשתו שזנתה אם הוא מאמינה צריך להוציאה ולמה שינה ול"ל בריבא נמי צריך להוציאה או בסיפא אסור לו לעמוד עמה א"ו משום דבסיפא שבעצמה אומרה שזנתה הרי רוצה בגט כדי שלא להשפילו או שונאת אותו וכיון דאסורה עליו צריך להוציאה שלא לעגנה ובזה מיושב קושית הב"מ שם על הב"ש סק"ח שבזנתה מאוסה עליו וא"ל לגרשה והא מבואר ברמב"ם פכ"ד מאישות ובש"ס פ"ב דיבמות דף כ"ד דבים עדים שזנתה כופין אותו לגרשה ולפימ"ש לק"מ דדוקא אם רוצה להתגרש ולא לעמוד עמו בפריסות כופין אותו לגרשה שלא לעגנה ובמהר"ס יש עוד לומר מה דדייק ותני בעד כיעור ומהימן ליה חייב להוציאה ובעד מעיד שזנתה ומאמינו כתב דאסור לקיימה משום דע"א בכיעור והבעל מאמינו אינו בדין לאסרה רק הבעל שאח"ד ולכן אינו רשאי להוציאה בעל כרחה מחויב להוציאה שלא לעגנה כי האשה לוחת דהעד משקר ולא פשעה ואף כמי אין מאמינים ואין אוסרין בדין רק איהו אסרה על עלמו משא"כ באביה העיד שזנתה והבעל מאמינו דאז הב"ד אוסרין אותה וכמ"ש לעיל הרי אנו אומרים דאמת הדבר וכיון שפשעה בעלמה אין לחוש לעיגון שלה וכמו שכתב סברא זאת בשו"ת גא"ב סימן ס"ב וכוב"ת חא"ע סימן י"ב ומ"מ מוכח דחייב להוציאה שכתב מהר"ס כשמבקשת גט דאל"כ הרי אינה חוששת בעלמה לעיגון שלה ועדיף מאם פשעה כבר ועיין פרק החולץ ל"ו ע"ב ובתוס' שם בד"ה ולא קתני יפריש דלכון הפרשה משמע הכי ומשמע הכי אבל יוליא לה משמע אלא בגט וה"כ חייב להוליא בגט דוקא ואסור לקיימה אללו בלא הפרשה כמי משמע היולא מזה שיטת מהר"ס בעד כיעור ומהימן ליה כבי תרי אפילו מוחזק למהימן אכן לא אסרינן לה רק הבעל אסרה על עלמו לכן אם מבקשת גט מחויב לגרשה וכשאינה רולית בגט אין רשאי לגרשה בעל כרחה וכשעד אחד מעיד על זנות ממש ומהימן ליה כבי תרי ומוחזק למהימן אכן אסרינן לה אבעל ובועל וכהנים ורשאי לגרשה בע"כ ואם אין הבעל רולה לגרשה אינו מחויב אפילו האשה רולה רק יפרישה ולא יקיימה ועיין לעיל סימן וא"ו סעי"ז ובאה"ג ובה"ט שם ובסימן ד' סע"ו ובה"ט שם ס"ק י"ט לענין כהנים ובב"ח לעיל סימן וא"ו סעיף יו"ד ועיין חו"י סימן ק"ע דע"א שיש לו קלת חלק נאמן לאסור גם על אחרים לפ"ז י"ל אם בעל מהימן לעד טומאה כבי תרי דהוי כמעיד דראה בעלמו בנטומאת נאסרה גם לכהנים אחרים כשנתאלמנה והרמ"א דכתב דע"א בכיעור לאו כלום הוא משום דמהר"ס אזיל לשיטתו שם דקי"ל כרבי אם הבעל לבד ראה בה דבר מכוער וקדל"פ תלא והתם הי' קדל"פ וריעותא דאיפתהו לכן אם העד כיעור מהימן לבעל כבי תרי דלדידיה הוא כראה בעלמו ואסרה על עלמו דשאנ"ד ולדידן דפסקינן כהרשב"א בראיית הבעל דבר מכוער מותרת לו ה"כ בעד כיעור אף דמהימן ביה כבי תרי ל"כ הוא.

ס"ד בהג"ה שלא בפניה ושלא בפני בעלה ברדב"ז ח"א ס"ע כתב דמקבלין עדות קידושין שלא בפני בעלה כיון דהוי לאפרושי מאיסורא כ"ע בע"ד עכ"ל וזה לא שייך בזנות דליכא איסור רק לבעלה אך המאירי בב"ק כתב דלאפרושי מאיסורא זכות הוא לו ומכין שלא בפניו והובא בשו"ת רבל"א סימן ה' ולי ל"ע דמ"מ כיון דיש בו גם לד חובה דפרעונתא לגרש אשתו ומפסיד זכות שיש לו בה במע"י ופירות ותשמיש וכה"ך ביו"ד ס"ס קס"ב הוכיח דכשיש זכות וגם לד חוב לא זכין שלא בפניו ול"ל דאיסורא לא ניחא ליה דליקני דזה דוקא כשעדיין לא זכה בו וכדמחלק בר"פ מי שהחשיך דף קנ"ג לענין דאין אדם מעמיד על ממונו וחיישינן דעביד איסורא

ולכאורה

ולכאורה י"ל לפימ"ש בתוס' בגילה דכ"ז ע"ב בשם ר"י דבטל חלק הדיוט אגב חלק גבוה הוי ככולו לגבוה וה"נ כיון דיש חלק גבוה מחמת האיסור אך תוס' שם במסקנא דחו זאת דמצות גבוה לא דחי חלק הדיוט ועדיין י"ל לפימ"ש בחידושי רשב"א בפ"ק דקידושין דף כ"ג דשטר ע"י אחרים מהני אף דהעבד לווח דאינו רוצה כיון דודאי זכות הוא לו דמכניסו בכלל מצות ישראל בטלה דעתו אצל כל אדם אך אנן לא קי"ל כן ביו"ד סימן רס"ז סמ"א אלא דיש לחלק בין מוחה להדיא להיכא שהוא רק שלא מדעתו וכמו בעבד ומ"מ צ"ד להתם דלרבנן ליכא חובה משא"כ כאן יש גם חוב הפסד ועוד הא כתב בשו"ת הרא"ש כלל ק"ח ס"ז דל"ל חזקה ל"ש התירא ועביד איסור רק היכא דיש ודאי איסור והובא בבא"י ביו"ד שם וה"נ דלפי הדין דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד אין נאמנין וליכא איסור ודאי ואפשר אפילו ספק דזולת העדים מוקמינן אחזקת היתר ואולי לא היו מעודין בפניו לחובתו דמה"ט צריך שיעודו בפניו א"כ למה יהא ניחא לו לקבל שלא בפניו אך בתשובות רשב"א ומהרי"ט ב"ב שבבא"י חו"מ סימן ספ"ח מחודש חית דאפילו קבלו עדות שלא בפני בע"ד ידענו שכן אמת וברור רק גזרה הוא לקבל בפניו א"כ שפיר י"ל באיסור זכין שלא בפניו ולהדיא איתא בערכין פ"ו כ"ג ע"ב בנמלאת שדה שאינו שלו מקבלין עדות על יתום קטן אף דחוב שלא בפניו דאתחזוקי סהדי בשקרא לא מחזיקינן ועיי"ש בתוס' ובח"ר ב"ק דף קי"ב ולפי"ז בתרי אומרים זינתה ותרי מכחישים דל"ל דודאי קושטא דמה חזית רק באיסור דאורייתא מחמירין מדרבנן ולא מוקמוכן אחזקת היתר כדאיתא בפד"א דף ל"א ובתוס' קידושין דף ס"ו ובכתובות כ"ו ב' בזה י"ל דלא מועיל מה שהעידו עדי זנות שלא בפני בעל ואשתו ומפרש כיון דעדים שהעידו על הזנות אית בהו ריעותא דשלא בפני הבע"ד והמכחישים לית בהו אותו ריעותא עדיפי המכחישים די"ל אולי בפני הבע"ד לא היו מעידים שזינתה ומפרש לדעת מהרש"ל בכתובות כ"ו ב' דתוס' ס"ל דבתרי ותרי שמכחישין על אדם אם נפסל מחמת רשעו אזי גם רבנן לא החמירו דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזיקינן ה"נ בעדי זנות ברלון וכ"כ פנ"י שם עיי"ש.

ובשו"ת רמ"א סימן י"ב דהעידו עדים שנראה באשה כיעור וכתב כיון דהעידו שלא בפני האשה ובעלה לא מהני ועוד דעדים אחרים העידו על הראשונים דפסולים ואף שלא העידו בפני עדים ראשונים ולא פסלו מכאן ולהבא לעדות אחרת מ"מ לאותו עדות חשוב הכחשה ואוקי תרי לבהדי תרי ואיתתא בחזקת היתר קיימא ובנו"ב סימן ע"ב בסתירת היתר חמיסי תמה על הרמ"א דהא מבואר בתוס' קידושין דס"ו דבאיסור דאורייתא לא מוקמינן אחז"ה בתרי ותרי וכ"כ תוס' בכתובות דף כ"ג ובא"ע סימן מ"ז עיי"ש ולפימ"ש רש"ל ופנ"י לק"מ על הרמ"א מן התוס' והש"ע ולפי מה שכתבתי י"ל דרמ"א לא הולכך לטעם השני אלא משום דלא כדחה מ"ש תחלה שהיתר מחמת שעדי הכיעור לא העידו בפני האשה ובעלה דשאני איסורא דזכות הוא להם להפרישם מאיסור לזה כתב עוד דאותם עדים הועד עליהם שהם פסולים והוי תרי ותרי ול"ל אחזוקי סהדי בשקרא לא מחזיקינן וכיון דיהא רק ספקא דרבנן בזה לא חשוב זכות שיועיל העדות שלא בפני בעל ואשתו ואולי בפניהם לא היו מעיזין לחוב להם.

ולכאורה יש לדחות בלא"ה תמיהת הנו"ב לפי מה שהוכחתי לעיל דמה דמוליאינן מבעל בעדי כיעור גם להרא"ש הוי רק מדרבנן א"כ ודאי גם בתרי ותרי מוקמינן לה אחזקת היתר כמ"ש תוס' לענין תרומה דרבנן וכ"כ רמב"ן כאן אך לא דמי לתרומה דרבנן דכהי דעדי כיעור רק מדרבנן מ"מ הא דאסרוה רבנן מחמת חשש זנות דאסורה מן התורה ונעשה כגופו של איסור תורה וכמ"ש או"ה לענין גבינות עכו"ם הובא בש"ך יו"ד סימן ק"י בכלל ס"ס אות ח"י דהוי כודאי איסור תורה וגם ת"ח ס"ל הכי כמבואר שם אות טו"ב תדע דהא תוס' בקידושין שם כתבו הכי בתרי ותרי לענין שבויה והרי בפ"ק דקידושין י"ב ע"ב בתוס' ד"ה אם הקלנו בשבויה כתבו דמשום דאפילו איכא סהדי שנשבית איכה אסורה מן התורה וגם לפי קלת גורסין בשבויה הקילו דמכוולא כפשה ולא שכיח כולא האי שנטמאה גם כן אינו רק מדרבנן אפילו לפוסקים דספקא איסור דאורייתא מן התורה לחומרא הייכו באין הכרע אבל כאן לד ההיתר שכיח יותר ועב"ש לעיל ריש סימן ז' ייין הביא ממהרי"ק דרק מעלה עשו ביוחסין והייכו מדרבנן ועיין תוס' פ"ב דכתובות דכ"ג בד"ה עדי טומאה והא דב"ק דף קי"ד ע"ב פריך דאורייתא לא מרבי דהשיא לשבוי' עפ"י קטן מסל"ת ומשכי בשבויה הקילו ופרש"י דאיסורא דאורייתא הוא משום זונה עכל"ל דעיקר החשש משום איסור דאורייתא ועכל"ל כן לרמב"ם דכתב להדיא בפח"י מהא"ב הלכה טו"ב דאיסור שבויה מד"ס לכן הקילו בה ועיין שער המלך בפי"ע מהא"ב סוף הכ"ג.

ובאב"מ דחה דברי תשובת הרמ"א מתוספת כתובות דף כ"ף שכתבו דאם תרי פסלו לתרי בגזלונתא שלא בפניהם כל אחת בא"ה בפ"ע ומעידה עיי"ש ולפימ"ש י"ל כיון דראשונים העידו שלא בפני בע"ד הל"ל אין חבין שלא בפניו רק כיון דאחזוקי סהדי בשקרי לא מחזקינן סברא דהדבר אמת ממילא הוי זכות לאפרושי מאיסורא אבל בשתי כתי עדים המכחישין זה את זה מסברא ל"ל אחזוקי סהדי בשקרי לא מחזיקינן דהא ודאי כת אחת פסולים ומשודים לשקר וכדס"ל לר"ח בפחז"ה ל"א ב' בהדי סהדי שקרא למה לן רק מגזה"כ כל כת באה בפ"ע ומעידה משום דלכל כת בפ"ע כשאנו דנין עליהם כשארין אחזקת כשרות שלהן כמו בשני שבילין וכיון דמסברא ל"ל ודאי קושטא מסהדי תו ל"ל באיסור דהא ודאי זכות לאפרושי מאיסורא ממילא הדר דיכא אין חבין אלא בפניו ואם דא"א להעמים זה בדברי רמ"א שם מ"מ לדין יש תשובה.

ובדעת הרמ"א נראה לפימ"ש הרשב"א בתוספת שם דהכא לא מוקמינן להו אחזקה כדאמר לעיל משום דאלו הוו קטן דילמא הוו מודו להו ותוס' דלא תרלו מעיקרא הכי משום דמשמע להו מה דהר"כ משום דהוו תרי להדי תרי בלאו טעמא דאלו הוו קטן הוו מודו אתי עלה אבל גוף סברת רשב"א ודאי סברא דמהיכי תיתי נעשה הכחשה כל שאפשר דאילו הוו קמן לא היו מכחישין וגם ל"ל בזה תרי ותרי ספקא דרבנן דלא לאוקים האשה אחזקת היתר לא מליכו ביבמות דף ל"א דהוי ספקא דרבנן רק בכת אחת אומרים קדוש וכ"א אומרים קדוש לו דמכחישין זה את זה להדיא אבל כאן דלמא הוו קמן הוו מודו להו ולק"מ גם קושית הנו"ב

הכו״ב ובלח״מ י״ל לפימ״ש בש״ש ש״ו פי״ז ובדברי אמת בכלל תו״ת בשם מ״ש דשני חזקות מהני גם בתו״ת כדאיתא בפ׳ בכל מערבין דל״ה אלא דלבעל מ״ש דוקא כשהשני חזקות בתרי גופי ולש״ש גם בחד גופא והכא יש חזקת כשרות וחזקת היתר לבעלה.

ויל״ע אם קבלו העדות בפניה ולא בפני בעלה או להיפך ומדל״כ רמ״א או שלא בפני בעלה משמע דוקא שלא בפני שניהם וברשב״א הובא בב״י חו״מ סימן ת״ז והובא בסע״מ ס״ס ק״י כתב בענין קב״ע על הולאות זוזין בר״ה דסגי בפני אחד מבני ר״ה ואין האחרים יכולין לערער שנתקבל שלא בפניהם ובח״ר ור״ן ס״פ השולח כתבו בשני שותפין והוגבה העדות בפני אחד מהם דאם ליתא במתא מהני הקב״ע נגד השותף שהועד לפניו ואם איתא במתא מהני גם נגד השני ולפ״ז י״ל הכא דאם הוגבה העדות רק בפני הבעל או האשה דעכ״פ מהני נגד זה שהועד בפניו ואסור אך אם הועד שזינתה באונס והיא אשת כהן י״ל אפילו הועד בפניה כיון דלא הועד בפני בעלה כיון דהוא איכה מוזהר עליה גם היא איכה מוזהרת לפימ״ש הרא״ש בשילהי כדרים ועיי״ש בהמאירי ובחכ״ל ס״ס ק״כ.

עוד יל״ע בנידון הרמ״א בתשובה שם שהמעשה היה שבאו עדים הרבה לפסול הראשונים ועל כל חד מהראשונים היו שנים ושלשה עדים שכל אחד העיד בפני עלמו איזה פסול עליו רק האחרונים לא העידו בפני הראשונים וכתב הרמ״א כהי דאין לפסול הראשונים מחמת העדות שלא בפניהם מ״מ הכחשה הוי והוו תרי ותרי ואוקי איתתא אחזקת היתר את״ד וקשה הא כל אחד מעדי הראשונים לא ידע מחברו אם פסול הוא או לאו א״כ יהיו האחרונים כתרי לגבי חד לכל עד מהראשונים דאזי האחרונים נאמנים כמ״ש תוס׳ בב״ק דף ע״ג בד״ה דאקהידו וא״כ כהי דהוי רק הכחשה נאמנים יותר העדים האחרונים שהעידו לפסול הראשונים וגם למה לא יפסלו הראשונים לעולם אפילו שלא בפניהם כיון דאמרת הכחשה מיהא הוי וכנגד כל אחד בפני עלמו יש תרי המכחישים אותו וגם אם שנים מעידים על אחד שלא בפניו שהוא פסול יפסל לעולם מה״ט.

ואולי י״ל כהי דכתבו תוס׳ דתרי כנגד כל חד וחד מהימני היינו כשהעידו כדין עדים בפני הראשונים משא״כ כאן דהעידו שלא בפני הראשונים אין להם דין עדים כשרים כלל ומבואר בשו״ת מהר״ס שבשו״ת מיימני להלכות אישות סכ״ה דהרבה קרובים רק כחד חשיבי לכן ה״כ אין מעליותא לשנים האחרונים מן כל אחד מהראשונים ומ״ש הרמ״א דהוו תרי ותרי היינו תרי הראשונים נגד תרי האחרונים אף דלדינא אלו ואלו רק כחד חשיבי ולפ״ז מתורץ תמיהת הכו״ב הכ״ל על הרמ״א דאיך כתב הרמ״א דאוקי איתתא אחזקת היתר הא בתרי ותרי לא מוקמינן אחזקה להקל ולפימ״ש א״ש דהא מבואר בפד״א דף ל״ח דבכת אחת שאחד אומר קרוב לה ואחד אומר קרוב לו קיל מהכחשה דתו״ת וה״כ הן רק כאחד מכחים לחד דכל אחד מהראשונים אומר על עלמו שאינו פסול ומכחיש מה דהאחרונים מעידים עליו ואין כל אחד מהראשונים מסייע לחברו בזה תדע דהא ודאי הראשונים קרובים לעלמם ואין דינם כתרי עדים כשרים במה שאומרים שאינם פסולין ולמה לא יפסלו ע״י עדים שהעידו עליהם שלא בפניהם שהם פסולים

ועי״כ משום דשלא בפניהם גם הם כקרובים חשיבי ולפ״ז ל״ל הא דכתב רמ״א דלא נפסלו בעדות אלו עליהם שלא בפניהם היינו כשיבואו הראשונים להעיד שלא כגד חזקה או לפטור את עלמם בשבועה אבל כגד חזקה לא כמו דלעדות זו לא אהני עדותם כגד חזקה וחשיבי ספק פסולים ולרשב״א הכ״ל י״ל דלא כפסלו אם יבואו קמן ויאמרו שקר העידו האחרונים עליהם דאזי קי״ל כל כת באים בפ״ע ומעידים אבל כל זמן שלא אמרו לפנינו דהאחרונים העידו עליהם שקר הוו הראשונים פסולים וספק ואין מועיל עדותם כגד חזקה לעולם אך כראה בנידון הרמ״א א״ל לטעם הרשב״א דז״ל שם דרבים העידו שאין לסמוך על עדות הראשונים כי הוחזקו לריקים ופוחזים וחשודים וכן הוא מפורסם לכל ואף הבע״ד לא יוכל להכחיש זה אלא שאומר שמשום זה אין לפוסלן לעדות עכ״ל וא״כ כבר אבדו חזקת כשרותן אף דמשום זה אין לפוסלן ועב״ש לעיל סימן ד׳ סקמ״י אהא דכתב רמ״א שם דאם ראו בה דבר מכוער לא אמרינן דאישתהי משום דע״י דבר מכוער אבדה חז״כ ואף דע״י הדבר מכוער לבד לא אסרינן אותה מ״מ חזקת כשרות אבדה ועיין בשו״ת רע״ק סימן ק״ף בסד״ה וא״כ כך סלורו דכ״כ כמי בשו״ת בן לב וה״ה בעדי יחוד אף דאין אוסרין על היחוד מ״מ אבדה חז״כ והכה מה דבתרי המכחישים זא״ז כל כת באה בפ״ע ומעידה משום דכל כת בפ״ע מעמידין אחזקת כשרות כמבואר בתוס׳ בכתובות דף כ״ף ולכן כאן דמפורסם שהם פוחזים וריקים והוחזקו לחשודים ואין להכחיש זה א״כ אבדו חז״כ לכן כשכולד ספק ע״י הכחשה תו ל״ל כל כת באה בפ״ע ומעידה כגד חזקת היתר.

שו״ר בשו״ת מהרא״ס ח״ב הכקרא מים עמוקים סימן למ״ד דדוקא בתו״ת לא מוקמינן אחזקה אבל חד אומר כתקדשה לפני שני עדים וחד אומר לא כתקדשה תנשא לכתחלה עיי״ה וכ״מ בתוס׳ כתובות כ״ג בד״ה תרוייהו לפימ״ש מהרש״א שם.

עוד כ״ל ביסוב דברי הרמ״א מקושית אב״מ הכ״ל הכ״ל דלכאורה יל״ע בהא דר״ה דכל כת באה בפ״ע ומעידה משום דכל כת יש לה חז״כ איך יעידו על אחד לפסלו ולהוליא מחזקת כשרות דזהו חז״כ וזה חז״כ ומלאתי בתומים סימן ל״א סוף סק״ג שכתב הך סברא וכתיבות שם סקק״ג כתב כיון דקודם שמעידין על כלון זה מחזיקין אותן הב״ד בכשרים כאמנים אח״כ על כל עדות שיעידו אח״כ עכ״ל וזה שייך רק אחר דחזינן הכחשה דתרי ותרי ולא פסלו אותן הב״ד לענין שאר עדות לכן כשיעידו על אדם שכעשה רשע ג״כ מהימנו משא״כ על למפרע טרם שנתגלה ההכחשה דתו״ת בב״ד ל״ל שנתחזקו בב״ד לכשרים כיון שמה שהיו בחזקת כשרים ומפני שלא כולד עדיין שום ספק לדון עליהם תדע דאלת״ה כימא דגם זה שבאו אח״כ להוליאו מחזקת כשרות כתחזק כבר לכשר אע״כ דמה שהוחזק לכשר טרם שכולד ספק לדון עליו איכה חזקה לענין זה ועי״כ בנידון דהרמ״א שבשעה שבאו עדים לפסול הראשונים כודע הספק דתרי ותרי וטרם זה העידו הראשונים על האשה להוליאה מחזקת כשרותה ואז עדיין לא כתחזקה בב״ד חז״כ דעדים יותר מחזקת כשרות של האשה לכן אין בעדותן כלום בעדות זו על האשה אף דאין העדים כפסלין מכאן ולהבא לשום עדות אף כגד חזקת כשרות ול״ד לדר״ה ודר״כ בפחז״ה וכן לנידון מש״כ התוס׳ דהתם אין העדות לפסול

אים

אים והתמוהים שם הביא מתוס' כתובות כ"ב ע"א בד"ה תו"ת דכתבו בשתי כתי עדות המכחישים זא"ז ובאה כת אחד מאלו להעיד על אדם שהוא פסול לר"ח דחשיב להו סהדי שקרא אין נאמנים הרי דלר"ה נאמנים וכדחק ליישב ובאמת י"ל דודאי חזקת כשרות דתרי סהדי עדיפי ומחז"כ דחד לבן לר"ה יכולין לפסלו אך בנידון דשו"ת רמ"א העדים שהעידו על האשה שראו בה דבר כיעור לא ראו כאחד רק דמ"מ מצטרפין א"כ כיון דכנגד אחד לבד י"ל מה אולמיה חז"כ של העד מחז"כ של האשה ונשאר רק עד אחד כשר ועד אחד בדבר מכוער לאו כלום הוא כמ"ש רמ"א כאן ואפילו מהימן ליה כבי תרי וכמ"ש ב"ש ואף די"ל נהי דלא אלים חז"כ של העד מחז"כ של האשה יהא ספק מ"מ הא יש להאשה גם חזקת היתר לבעלה ובזה מדויק כל דברי הרמ"א מ"ם אע"ג דלא נפסלו בהעדאת עדים אלו עליהם שלא בפניהם מ"מ לזה העדות אין מועילים כלום דאוקי תרי לבהדי תרי ואשה בחזקת היתר לבעלה עכ"ל והיינו דמכאן ולהבא לא נפסלו עדים אלו דכל כת באה בפ"ע ומעידה אפילו על הרבה אנשים לפוסלן ולאוסרן ואפילו יהא עדות מיוחדת כיון דכבר נתחזקו לכשרים אחר שנולד הספק עליהם מ"מ לזה העדות שהעידו טרם שנתחזקו אינם מועילים כלום לעשות אפילו ספק דמה אולמיה חז"כ דדהו מחז"כ של האשה א"כ מוקמינן האשה בחז"ה לבעלה ולפ"ז א"ש אפילו אי כימא דחזקת ממון אלים כחזקת כשרות או עדיף וכמ"ש הנתיבות שם והרי התוס' בכתובות דף כ"ף כתבו אהא דתרי ותרי דלר"ה דכל כת באה בפ"ע ומעידה יועיל עדותן להוציא ממון במה שכבר העידו שזה לוה מזה ולפימ"ש א"ש דודאי חזקת כשרות מתרי סהדי עדיף מחזקת ממון ואין צריך לומר משום דנתחזקו לכשרים בב"ד.

ועיין בשו"ת רבל"ח סימן ז"יין הביא מן שטה ישנה לכתובות פ"ב עלה הא דאמרינן הבמ"ע דמוחזק לן באבוה דהאי דכהן הוא ונפק עליו קול דב"ג או ב"ה ואתא ע"א וכו' וז"ל וא"ת אוקי תרי לבהדי תרי והאי גברא מספקא היכי מסקינן ליה והתירוץ הנכון כיון דאתא עד מעיקרא ואסקיניה אפומיה ומפני קיום החזקה דאלו בלאו החזקה לא הוה מבטלינן קלא בע"א נמצא שנתחזקה החזקה שעשינו מעשה והכשרנו על פיה וכיון שנתחזקה הרי היא נחשבת לסייע הני תרי דמכשרי כנגד הני תרי דפסלי ולתירץ זה אי אתו מעיקרא תרי דמכשרי בבת אחת והדר הרי דפסלי לא היתה החזקה נחשבת לסייע הכי תרי דמכשרי שהרי לא עשינו מעשה על פיה עכ"ל והובא בדברי אמת בכלל תו"ת סימן ב' וזה סייעתא לסברת הנתיבות וכפי מה שהסברתי בו.

ס"ה הנטען משפחה ונכרית עיין המ"ח סקי"ב שכתב דלהב"ח תקשי ליה סיפא דמתניתין ולע"ד לק"מ דכיון דא"א לתנא דליתני ברישא קדם וכנס לא תנא נמי בסיפא וזה מבואר בפ' כל התדיר ל"א ע"ב דתנא סיפא אגב רישא ואדרבה זה סייעתא להב"ח דתקשי נמי סיפא למה לא קתני אפילו קדם וכנס דהוי רבותא יותר אע"כ משום דרישא דוקא כנס ולא קדם וכנס תנא נמי בסיפא רק כנס ומה שהקשה הטו"ז מ"ם מאחות חלוצתו דג"כ אין איסור רק מדרבנן ומ"מ אחר התראה יוציא י"ל התם האיסור עליו ועליה דמ"ם אבל כאן רק משום הסר ממך עקשות פה ולזות שפתים זה לא שייך בנכרית ונתגיירה דכשהיתה נכרית לא היתה מוזהרת בזה אף דרמב"ם פי"ב ומהא"ב ה"ע כתב ישראל הבא על הנכרית הר"ז נהרגה מפני שבא לישראל תקלה על ידה כבהמה המ"מ תמה באמת עליו וגם לרמב"ם לא משום דמוזהרת דהרי אף קטנה בת ג"ש נהרגת ומשום דבא לישראל תקלה ע"י כבהמה וכשנתגיירה נפטרה ועוד כל נכרית סתם זונה היא ומה"ט לכ"ע כשנתגיירה לאחר ג"ש אסורה לכהן משום זונה א"כ מה לזות שפתים יש בה יותר מאמות שישראל נטען עליה וגם שפחה לרמב"ם אסורה לישראל רק מדרבנן ולא גזרו האיסור רק עליו מדכתב הרמב"ם שם ה"א ומכין אותו מכת מרדות משום שעבר אד"ם ולא כתב ומכין אותם א"כ מסתיין דאסרו לכתחלה לנטען לישא אותן דעדיין אין להן הפסד רק מניעת ריוח דינשאו לאחרים אבל כשכבר כנס אפילו אחר התראה לא גזרו להפסיד הנשים משום לזות שפתים דבעל ואפילו להפוסקים דשפחה לישראל אסורה מה"ת ויליף לה מלא יהיה קדש מבני ישראל הת"א בפ' כי הלא (לא בא האזהרה רק על בני ישראל כדכתיב לא יהיה קדש ות"א לא יסב גברא ב"י אמתא אמה ועוד) גם משוחררת אחר ג"ש סתמה זונה כמו שפרש"י בפרק הבע"י דף ס"א במשנה שם ובהה"מ פי"א מגירושין הכ"א וברדב"ז ח"א סימן קל"ו דסתם עכו"ם ושפחה זונות ואינן בושות ומקפידות ומזנות ומתעברות ומתפארות.

סימן י"ב

ס"א המעיד כתב ב"מ מדכתב בח"ל יבמות כ"ה ד"ה גזלן דד"ת דא"כ כי אקשינן ממתניתין לימא מתניתין במסל"ת ולא תירץ דא"כ אמאי לא ישא משמע אף מל"ת אסור ונע"ק דהא אי היה שייך בעדות כזה לחשוד במכוין אמאי גזלן דד"ת כשר בו עכ"ל וכ"ל בשלמא הא דלא ישא משום לעז וחשד העולם ואטו כ"ע מבחינים בין מכוין להעיד בין לא וגם לא ידעו כלל אם הותרה על ידו במסל"ת או העיד ממש ולכן אפילו בגזלן דפסול במעיד רק במסל"ת מ"מ לא חלקו בין מסל"ת דכשר למסל"ת דגזלן משא"כ הב"ד דמתירין האשה יודעין להבחין אימת מסל"ת ואימת מיכוין להעיד ועוד להתיר האשה שלא תתעגן אוקמוה אדינא וכשר גזלן דד"ת במסל"ת משא"כ שלא ישא אותה ליכא עיגון ולא פלוג בין מסל"ת למעיד וכמ"ש המל"מ פי"ב מה"ג הט"ז ד"ה וראיתי דבעיגונא לא אמרינן ל"פ והובא בי"מ סימן שכ"ז.

ועוי"ל דקשה למה גזלן דד"ת פסול לעדות אשה כהי דגזל חזקה אא"ח ולא לו כדאיתא בפ"ק דב"מ דף ה' ע"ב ואי שמא מעיד שקר בשביל ממון שנתן לו האשה הא חזקה אשה דייקא ומנסבא דאלת"ה איך נאמן עכו"ם או גזלן דד"ת מסל"ת כיחוש שסכרתו להעידם לומר מסל"ת ול"ל דגזה"כ אל תשת רשע עד להיות עד חמס ומסל"ת דמהימן דזה לאו מתורת עדות ולכן אין לחוש דהגזלן מעריס דחזקה אא"ח ולא לו וגם בנכרי מסל"ת לא חיישינן דמעריס להכשיל את ישראל בחנם כמ"ש תוס' פ"ק דע"ז דף י"ב בד"ה ושדי אך כשהגזלן בא לישאנה יש חשד דלהנאתו העיד שקר והעריס לומר במסל"ת.

סימן י"ג

אשה שנאנסה תחת בעלה א"ל נבעלה לבעל תחלה צריכה להמתין בברכ"י גמגם בזה

דבא"ז כתוב אשת ישראל שנבעלה ברצון לאיש אחר וסברה שהוא בעלה הוי אונס ושריא לבעלה ומפרישין אותן ג"ח מבעלה אם ראויה לילד ואם היתה תחלה עם בעלה לשמש דהשתא לא נוכל להבחין בהפרשתה מחזירין אותו מיד והולד כשר ותלינן בבעל להכשיר עכ"ל והקשה ברכ"י למה לא נקט הדין בנאנסה ממש דהא הא"ז פסק כר' יהודה דמזנה צריכה להמתין בין ארוסה בין נשואה וי"ל דס"ל להא"ז דנאנסה תחת בעלה כיון דשכיח הוי בכלל הגזרה ואית בה משום אפרושי ולא פלוג בין היתה עם בעלה רק בחילוף או זנות קטנה דלא שכיח לא גזור ורמ"א שהוציא דין נאנסה מהא"ז צריך ישוב עיי"ש ולא נ"ל כלל דאם גזרו היכא דליכא קלקול לולד מהיכי תיתי להוסיף גזרה לקלקל הולד דהא כדליכא תולין הולד בבעל וכשר וא"כ הפרשה וכשיפרישן משום חשש שנתעברה מהאנס יצא שם ממזרות על הולד וכמה חשו חכז"ל לזה כדלעיל סימן י"א וכמה דוכתי דאטו כ"ע דינא גמירי לומר דהולד כשר דתולין בבעל רק משום לא פלוג הופרשו.

ונראה ראיה לזה מהירושלמי ק"פ דה"ח הובא גם בברכ"י אמתניתין שנים שקדשו שתי נשים ובשעת כניסתן לחופה החליפו של זה בזה מפרישין אותן ג"ח שמא מעוברת הן ואתמר עלה ר' בא בשם ר' ירמיה ארוסה א"צ להמתין ג"ח והא תנן שלשה חדשים מפרישין אותן שמא מעוברת שניא הוא הכא מפני תיקון הולד ופירש פ"מ דסבר ר"י דמזנה הופכת ומזנה ופריך דגם במתניתין ארוסה היא ומשני שאני במתניתין מפני תיקון הולד להבחין אם הולד ממזר וברכ"י פירש דר"י איירי בפנויה ואין חשש ממזר לכן לא חייש שמא לא נתהפכה יפה עיי"ש וקשה מה הידש המתרץ שניא מפני תיקון הולד הלא גם המקשן הביא הלשון שמא מעוברת הן והוי לתרצן לתרץ דבארוסה תלינן שנתהפכה יפה ואינה מעוברת משא"כ בחילוף דלא ידעה דמזנה לא נתהפכה וכמ"ש הרי"ף ולהברכ"י דר"י איירי בפנויה מ"ש ארוסה דנקט הא גם בנשואה דליכא חשש ממזרת תלינן דנתהפכה ועוד אטו כשליכא חשש ממזרות ליכא תיקון הולד שלא ישא אחותו מאביו וכמבואר להדיא בבבלי פרק החולץ דף מ"ב משום תקנת ולד דלא ליפגע ולד בערוה לכן נראה דר"י קאי אמתניתין דהוחלפו הנשים דהוי א"א רק במשנה דעדיין לא שמשו עם בעליהן ור' ירמיה אמר ארוסה כשכבר דרה עם בעלה ולא שכיח הילוף רק אונס א"צ להמתין ג"ח ופריך מהמשנה ומשני שניא הוא הכא בארוסה מפני תיקון הולד שלא יצא לעז עליו שהוא ממזר לא תקנו להפרישן ולכן נקט ר' ירמיה א"צ להמתין ולא א"צ להפרישן דלא מבעיא הב"ד לא יפרישן שלא יצא תקלה מחמת ידן לולד אלא אפילו הבעל ואשתו עצמן א"צ להמתין מלבעול תוך ג"ח אף דאין בזה כ"כ לעז כשידורו יחד ולא תפרוש מביתה מ"מ הם בעצמם לא יקלקלו הולד לחוש עליו שהוא ממזר כיון דמדינא כשר הוא ומ"ש הברכ"י דלמה לא נקט הא"ז בנאנסה ממש וצ"ל דאגב אורחא קמ"ל דאם סברה שהוא בעלה דחשובה אנוסה דדין זה פשוט ומשנתינו הוא בהוחלפו עיי"ש לא ראה בא"ז סימן תרכ"ו דתחלת דינו קמ"ל דהוחלפו חשיבי אנוסות ומביא המשנה דהוחלפו דמותרת רק מפרשינן אותו ג"ח ועל זה קיים ודוקא בהכי שעדיין לא נבעלו לבעליהן ויש להבחין.

עוד הקשה ברכ"י מתוס' פ"ק דמגילה ע"ב שהקשו איך עמדה אסתר מחיקו של אחשורוש וישבה בחיקו של מרדכי הא צריך הפרשה ג"ח משום הבחנה ומאי מקשו תוס' הרי היתה עם מרדכי קודם שהיתה עם אחשורוש ועיי"ש ולק"מ דמתחלה כלקחה ממרדכי יצ"א ולא חזרה אל מרדכי עד אחר שנשאה אחשורוש ולא היתה עוד ת"י הגי שומר הנשים וכדכתיב בכל יום ויום מרדכי מתהלך לפני חצר ביה"נ לדעת את שלום אסתר הרי דהיתה פרושה ממרדכי וא"כ מיד שנלקחה לאחשורוש לאשה היתה צריכה ג"ח הבחנה דודאי לא נתעברה מקודם ממרדכי.

ונראה אם נבעלה רק פ"א לבעלה תחלה תוך ג"ח ונאנסה ויודעת שלא נתהפכה דאז ספק שקול שהמלא מעוברת אם מבעלה או מהנואף צריכה להמתין ג"ח דנהי שלא תמתין נתלה ברוב בעילות מהבעל מ"מ עכשיו דליכא רוב אסור להוסיף שיהא רוב אף דספק ממזר רק מדרבנן אסור מ"מ קי"ל ביו"ד סימן ל"ט ס"ו דאין להוסיף על איסור דרבנן שנתערב ואין שיעור לבטלו ולכן בא"ז סי' תרכ"ו כתב אם קודם שנבעלה לזה היתה תדיר משמשת עם בעלה א"צ להמתין ג"ח ורמ"א דנקט א"ל נבעלה לבעל תחלה דמשמע דלא נבעלה כלל משום דנאנסה וסתמא נתהפכה וליכא רק משום לא פלוג או שמא לא נתהפכה יפה סגי בנבעלה פ"א לבעל תחלה כיון דליכא הבחנה אפילו בהפרשה לא דמי נשאר הבחנה דע"י הפרשה יתברר הבחינה בודאי וא"ז דמיירי בהוחלף ולא ידעה שהוא זנות ולא נתהפכה דכשתתעבר יהא ספק השקול בלא נבעלה לבעלה רק פ"א בתוך ג"ח צריכה להמתין.

סי"א מעוברת חברו בפ' החולץ דף מ"ב אמר רבא הטעם שמא ישא אחותו מאביו ופריך היכא דקים לן דמעוברת תנשא אלמה תניא לא ישא מעוברת חברו ומינקת חברו ואם נשא יוציא ולא יחזיר עולמית ומשני משום דחסה א"ה דידיה נמי דידיה חיים עלויה ה"נ חיים עלויה אלא סתם מעוברת למניקה קיימא ורמב"ם פי"ג מה"ג כתב שמא יזוק הולד בשעת תשמיש שאינו מקפיד על בן חברו ותמה הכ"מ הא טעם זה נדחה בש"ס ועב"ש ונ"ל דודאי סברא לחלק בין דידיה לשל חברו דאינו מקפיד על של חברו ונ"ל דרוב ישראל בחזקת כשרות ולא עביד איסורא אך מ"מ י"ל דאסרו חכז"ל מפני המיעוט דכמה גזרות משום המיעוט כגבינות עכו"ם כמ"ש או"ה כלל כ"ה וזמן בגט משום שמא יחפה אף דזנות ל"ש אבל תו ל"ל דאסור מחשש דאורייתא כיון דחששו רק למיעוטא דל"ל אין הולכין בפ"נ אחר הרוב דעובר דלא עקר לאו נפש מיקרי כדמוכח ספ"ז דאהלות וכמ"ש בחו"י סימן ל"א ובשו"ת גא"ב שמ"ה ורבא ס"ל בפרק החולץ ל"ו ב' ר"מ ור"א אמרו דבר אחד ר"א דאמר אין הולד של קיימא יוציא בגט ור"מ דאמר נשא מעוברת חברו יוציא ולא יחזיר עולמות ודחי הש"ס דלמא ע"כ לא אמר ר"א אלא משום דפגע באיסור אשת אח דאורייתא אבל מעוברת דרבנן ונ"ל דלרבא גם במעוברת הוי חשש דאורייתא דנהי דעובר לאו נפש מיקרי וההורגו פטור אבל אסיר כמ"ש בחו"י שם ולהכי פריך שפיר לרבא ה"נ חיים עליו ובזה א"ש דהמקשן מביא ואם נשא יוציא ולא יחזיר עולמות דלרבא משום דהכניס עצמו בספק איסור דאורייתא וע"כ לדידן דנדחה דברי רבא בהא דר"מ ור"א אמרו ד"א שפיר י"ל משום דחסה ולאו דוחק לומר דיש בזה חשש דאורייתא דבתוספתא יליף לה מדכתיב ובשדה יתומים אל תבא ודברי קבלה כד"ת.

עוד

עוד נראה דרש"י פירש ה"נ חיים עילויה שאין אדם מתכוין להרוג הנפש וכונתו דודאי פשיטא דאינו מקפיד על בן חברו לכן ס"ל לרש"י אף דאינו מקפיד מ"מ כל שלא מתכוין ליכא חשש או משום דדשא"מ ולא"ה פ"ר מותר או משום מן השמים ירחמו כדאמר שם מעיקרא אבל הרמב"ם דס"ל כל שאינו מקפיד יש חשש דחסה נ"ל דקושית הש"ס ה"נ חיים דרוב בחזקת כשרות וודאי מעמיד עצמו מלדחוק הקטן אך זה תלוי במעשה דלריך זהירות יתירה רק רבא ס"ל בבכורות דף כ"ף דרובא דתלוי במעשה הוי רוב ופריך שפיר לדידיה אבל אנן קי"ל שם כרבינא דרובא דתלוי במעשה ל"ה רוב.

עוי"ל דקשה מה פריך ה"נ חיים דבשלמא דידיה דהוי דיעבד דנשא בהיתר ועכשיו מחויב במלות עונה שמכו דחיים משא"כ לישא לכתחלה אך בדאורייתא אין חילוק בין לכתחלה לדיעבד ורבא דאמר דמאי דאמר ר"מ יוליא ולא יחזיר עולמות אמר דבר אחד עם ר"א הרי דס"ל דה"נ ספק דאורייתא להכי פריך שפיר ולפיכך הביא המקשן הא דיוליא ולא יחזיר עולמות אבל לדידן דהוי רק חשש דרבנן שפיר י"ל משום דחסה ושאני בין לכתחלה לדיעבד אלא הרמב"ם דנקט טעמא דאינו מקפיד על בן חברו ע"כ לאו מה"ט הוא.

עוי"ל לפי מה דמסיק הש"ס בפי החולץ ל"ו ב' דטעמא דר"מ שיוליא ולא יחזיר עולמות משום דעשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה והקשו תוסי' הא ר"מ ס"ל דמתנה עמש"ב תנאו בטל אבל בדרבנן תנאו קיים ותרלו דדוקא במקום איסור ס"ל עשו חיזוק לפי"ז י"ל מה דפריך ה"נ חיים אף דודאי שאני בן חברו דלא מקפיד מ"מ כיון דודאי אינו מתכוין להרוג הנפש כמו שפרש"י הוי דשא"מ ולאו פ"ר וליכא איסור רק מ"מ י"ל דחשו לתקנת הולד מ"מ כיון דאיסורא ליכא ל"ל דעשו חיזוק לדבריהם ולמה יוליא ולי"י עולמות ולפיכך הקדים המקשן דיוליא ולי"י עולמות אבל אנן דקי"ל דיחזיר רק יוליא עד אחר עיבור והנקה אל"ל משום דעשו חיזוק רק הכל משום תקנת הולד שלא יבא עליה שפיר י"ל משום דחסה ומשום דאינו מקפיד על בן חברו ומכל הלין טעמי יש לאסור מעוברת חברו להנשא אף דיש לה לימוק דדים ואינה מניקה לעולם ובהכי א"ש הא שכתבו תוסי' בפי החולץ מ"ב ע"ב בד"ה סתם מעוברת למניקה קיימא דר"ם הזקן היה אומר דגרושה מינקת מותרת להנשא ולמה לא היה אומר גם בגרושה מעוברת כן דלפי הטעם איסור מעוברת משום דלמניקה קיימא גם מעוברת גרושה ה"ל להתיר אע"כ דלפי האמת נשאר טעם דדחסה וגם במרדכי פרק החולץ ופי' אעפ"י וריא"ז בפי החולץ וריטב"א בפי אעפ"י הביאו מר"ם רק בגרושה מניקה וכתב דכן נראה מדברי הרמב"ם כ"ל כונתו מדכתב בפי"א מה"ג במעוברת חברו הטעם משום דחסא ובמניקת שמא יתעכר חלבה וא"כ כיון דמעוברת להנקה קיימא למה לו טעם דדחסא אע"כ משום דלטעם דמתעכר חלבה גרושה מותרת דאינה חייבת להניק לכן אמר במעוברת טעם דדחסא דלפ"ז מעוברת גרושה אסורה כ"ז שהיא מעוברת והרא"ש בפי החולץ כתב דר"ם הזקן היה אומר גרושה מניקת וגרושה מעוברת מותרת להנשא ועמד בזה בשו"ת כנס"י סימן כ"ט ובהגמי"י פי"א מה"ג כתב כמי דרי שמעי' היה אומר גרושה מניקה מותרת להנשא ולא הזכיר מעוברת והרא"ש בפי אעפ"י ג"כ כתב דרבינו שמשון הזקן היה אומר דגרושה א"ל להמתין כד"ח ולא הזכיר גרושה מעוברת ודברי ריטב"א צל"ע דבפרק החולץ כתב פירש ר"ם ז"ל גרושה מעוברת או מניקה מותרת להנשא ובפי אעפ"י הביא דברי ר"ם רק אמניקה ור"ת ושאלתות חולקים והכי משמע ביבמות בהא דאמר לא ישא מעוברת חברו ומינקת חברו וכי היכא דמעוברת חברו לא ישא אפילו גרושה ה"נ מינקת עכ"ל ואם לר"ם מעוברת גרושה מותרת להנשא מאי ראיה לר"ת ובספר הישר לר"ת סימן תקמ"א הוא לשון רבינו שמשון עלמן ולא הזכיר מעוברת.

והנה בפי החולץ איתא לא ישא אדם מעוברת חברו ומינקת חברו ואם נשא יוליא ולא יחזיר עולמות דר"ת וחכ"א יוליא ולכשיגיע זמנו לכנוס יכנוס ובפי אעפ"י איתא מינקת שמת בעלה לא תנשא עד כד"ח ועמד הנו"ב ס"ז בשינוי הלשון דביבמות תלה האיסור בו דלא ישא ולא אמר שמת בעלה עיי"ש ולולא שהפוסקים לא חלקו היה אפשר לומר דגרושה דלא מישעבדה להניק כסי דהכריה ר"ת דאסורה מ"מ י"ל דהוא רק משום ל"פ והיכא דגמלתו או נתנה בנה למינקת גם כן איסורו רק משום ל"פ כפרש"י בפי אעפ"י או כתוסי' דחשו שמא תחזיר המינקת או תגמלתו כדי להנשא ומ"מ אינו כגוף האיסור במניקתו בעלמו ואיתא בתה"ד סימן קס"ד והובא במג"א סימן תמ"ז סק"ה דלא מחמירינן בל"פ כמו בגוף הגזרה עיי"ש ולכן ביבמות דאר"ת דלא יחזיר עולמות דוקא כשנשאת כשהיא מניקה עדיין דהוא גוף הגזרה או דקמ"ל דחכמים גם במניקה עדיין יחזיר ויכנוס וכשהיא מניקת עדיין ל"פ בין גרושה לאלמנה ובפי אעפ"י דאמר עד כד"ח אף דפסקו כבר מלהניק רק כשמת בעלה היתה מניקה אסר רק באלמנה ולא בגרושה דאיסורא רק משום ל"פ ובפרק החולץ תלה האיסור בו דלפיכך קנסוהו שלא יחזור עולמות כיון שהוא כמי עשה איסור וכ"מ כשהבעל היה שוגג אף דהיא מזידה לא היה ר"מ קונסו וגם לרבותא דחכמים אף דבעל כמי עשה איסור לכשיגיע זמנו לכנוס יכנוס ועוד כיון שמניקה עדיין או מעוברת דכרסה בין שיניה סתמא יודע הבעל תלה האיסור בו ומשא"כ בפי אעפ"י דתני עד כד"ח אף דאינה מניקה עכשיו תלה האיסור בה דהיא יודעת מספר ירחים יותר ממנו ומה דביבמות אמר כמי מעוברת ובפרק אעפ"י לא תני מעוברת משום דביבמות אר"מ דלא יחזיר עולמות והוי רבותא יותר אף דאיסור מעוברת משום דלמניקה קיימת מ"מ הא מיעוט מפילות כדאיתא ביבמות דף קי"ט ובפי החולץ ל"ו ב' כתבו תוסי' בד"ה הא לא שהה דהוי מיעוט המלוי וכשילדה ג"כ אינו רק חשש שמא תתעבר ומיעכר חלבה ובעלה לא ירלה ליתן ביצי וחלב מ"מ קניס ר"מ דלא יחזור עולמות ותו ל"ל למתני בפי אעפ"י דמעוברת לא תנשא לכתחלה דכ"ש הוא וכבר קמ"ל דאף בדיעבד יוליא ובמהר"י ווייל סימן ע"ג כתב דאם בעל לבד שוגג והאשה מזידה לריך לגרשה ולא סגי בהפרשה אך סתם אשה עם הארץ ותלינן דלא ידעה הדין ולפי דבריו י"ל כיון דרולה לסיים שיוליא ולא יחזיר עולמות לר"מ ולרבנן עכ"פ מחויב להוליא בגט לכן נקט דלא ישא אדם דהוא סתמא מזיד משא"כ בפי אעפ"י דלא תני רק הדין דלכתחלה תני דלא תנשא דהאשה כמי אסורה ועוד לפימ"ש בשו"ת הרא"ש כל"ג ס"ה דנשאה מעוברת יש לה כתובה דהוא מרגילה ולא היא מרגילתו וכונתו להא דיבמות פ"ה ע"ב דאם היא אין מרגילתו

אין

אין לקונסה וא"כ הכא דקנים ר"מ דלא יחזיר עולמות ע"כ משום דהוא עביד איסור קנסו אותו לכן נקט האיסור בבעל וגם לא הוצרכו למגזר רק משום לתא דידיה דמרגילה וה"א בלא"ה חסה על בנה בעודה מעוברת משום דחסא וגם בעודה מניקה שלא יעכר חלבה משא"כ ליארס לאחר שגמלתו עד כד"ח הי"א מרגילתו דלא למיתב ט"ד.

מזנה בנוב"ת סל"ח בחא"ע דקדק הא דתני בר"ן המולך מעוברת חברו ומינקת חברו דלמה הזכיר חברו ומחמת זה המליא וחידש דכתעברה מגוי ועבד מותרת להנשא מעוברת ומניקה דגם האוסרים בגרושה או מזנה ה"ע כיון דגזרו באלמנה דחייבת להניק ויש תועלת בגזרה זו גם בגרושה ומזנה דמשתמא א"ל ינשאו ירחמו על בניהן וגם מחלפו באלמנה לכן גזרו סתם שלא ישא מעוברת חברו ומינקת חברו דגם הם בכלל חברו אבל בשביל גרושות וזונות לבד לא היו גוזרים כיון שמלד עיקר הדין אין עליהן חיוב הנקה ולכן בזינתה עם גוי או עבד כנעני דלא מחלפה באלמנה דאין קידושין תופסין בהן ולא משכחת אלמנה מהם מותרת להנשא את"ד ובעכ"ד אפכא מסתברא דמעוברת ומינקת ע"י זנות מנכרי ועבד חייבת הזונה להניק את בנה דבשלמא באבי הולד ישראל שייך לבית אבותיו ואלמנה דמשועבד להניקו היינו בשכר שישלמו היורשים רק משום דכסיפא למתבע ליורשים בב"ד ולא יהא לה ביעי וחלב והורגת את בנה צריך להשמיעני כזאת אף דהיא מעוברת ומניקת חברו וחיוב תשלומי הנקה על האב ויורשיו מ"מ לא הנשא אבל אם היו גוי ועבד דהולד אינו מתייחס רק אחר אמו כדקי"ל כותי ועבד הבא על בת ישראל הולד כמותה ומשום דרחמנא אפקרה לזרעיה דכותי ועבד והולד כולה של אמו לבד כמ"ש ריטב"א וכמ"י פרק החולץ דף נ"ה ובפרק יש בכור דף מ"ז אמר דאפילו למ"ד מזהמין את הולד מ"מ טפי שייך לאמו ישראלית מלאביו הכו"ע דאין להם חייס הלכך כמו דקטנים פחות מבן שש מחויב מדינא האב לזונו כדאיתא בכתובות דף ס"ה ע"ב ה"נ בנולד מכו"ע מחויבת אמו מדינא דהא בפ"ק דקידושין דף כ"ט לולא דיליף מקראי דמלות הבן המוטלת על האב אמו פטורה כגון מילה ופדיון בכור וללמדו תורה ה"א דאמו נמי חייבת וא"כ כ"ש זה דמעולם לא הוי ליה אב וליכא לימוד מקראי ודאי אמו מחויבת להניקו וגם ר"ם הזקן יודה בזה דאסורה להנשא אף דמתיר בגרושה משום דאינה משועבדת אבל זונה מכו"ע ודאי מחויבת ועיין לקמן סימן פ"ב ס"ה בהג"ה ובשו"ת ב"ח החדשות סכ"ח.

אך אפשר לומר דבלא"ה בשו"ת מהר"י מינץ כתב דזנות ל"ש ולא תקנו ומהרי"ו סימן ע"ג כתב דהוספת ריש כתובות ובגיטין בפרק המביא תניין כתבו דדוקא זנות דא"א בעדים ובהתראה לא שכיח וא"כ לפימ"ש ב"ש לעיל סימן ד' ס"ק מ"ג וכ"ב דלא תלינן שזינתה עם עכו"ם הרי אף דודאי זינתה וכרסה בין שיניה לא תלינן בעכו"ם ועיין שו"ת חת"ס חא"ע סימן ע"ת כתב משום דרחוק מאד שתשמע לו כי חרפה הוא לנו וכן הביא שם מעלי ארזים סימן כ"ה סק"ב ממשמעות טו"ד סימן קנ"ג דגוי מאיס לה אך בללעות הבית ס"ה בלאו הכי דחה טעם דזנות ל"ש לא תקנו דדוקא אם לא שייך הטעם בזה רק לגזור משום דבר אחר או ליכא החשש רק בלא שכיח לבד לא יעשו תקנה משום לא שכיח אבל אחר דהוצרכו לתקן משום שכיח גם הלא שכיח נכלל כיון דגם בו שייך הטעם כיון דסוף סוף בנים הצריכים לאותו תקנה בעולם שכיחי גם אלו בכלל עיי"ש ויש ראיה לדבריו מתוספת פ"ק דשבת י"ד ע"ב בד"ה כיון דז"ל משום הא לא היו גוזרין דמלתא דלא שכיח הוא שיגע בספר מיד אחר הנטילה ומיהו השתא דגזור ידים מחמת ספר ברישא אפילו נוגע סמוך לנטילה גזרו עליה שלא חלקו עכ"ל אך התוספת לא מטעם הב"ש אמרו כיון דסוף סוף בנים הצריכים לאותו תקנה שכיחי דר"ל דדרך כלל גם זה שכיח אלא ס"ל לתוספת נהי דזה לא שכיח מ"מ לא חלקו והנה הב"ש סתר ד"ע מהא דפרק הזהב דף מ"ו ע"ב ודף מ"ז לענין מעות דתקנו דלא קני דהיכא דלא שכיח כגון חפן מעות וא"ל מכור לי באלו או מכר לו פרה ולא נתן לו דמים ואח"כ מכר לו בעד אותו חוב שור כיון דלא שכיח לא גזרו אף דשייך גבייהו עלמות טעם התקנה עיי"ש וכ"ל נהי דלסברתו כיון דנכלל בשאר דברים דשכיחי חשוב ג"ז שכיח שפיר הקשה אך להתוספת הנ"ל י"ל דהא דגזרו דמעות לא קני אינו עקירת ד"ת לחלוטין דאמר דלא קני הוי המנהג כן והוי סיטומתא וכמו דסטומתא קני אף דמד"ת לא קני כדאיתא בפא"כ דף ע"ד ה"נ להיפך ע"י המנהג ישתנה הדין דהוי כהתנה דלא ליקני דמה שנהגו הוי כהתנה דכל המוכר אדעתא דמנהגא מוכר כדאיתא ביו"ד סימן קע"ד ס"א בהג"ה אך במלתא דלא שכיח לא חשוב מנהג כדאיתא בחו"מ סימן של"א וכ"כ ריב"ש בסימן תס"ג וא"כ הך דחפן מעות והך דהחליף דמי פרה בשור דלא שכיח ל"ל בו מנהג ומפרש שהוא דומה לחליפין כדאיתא בפרק הזהב דף מ"ז לענין חפן מעות ובסמ"ע סימן קל"ט לענין החליף דמי פרה בשור א"כ הוי כענין אחר ולא נכלל בשאר מלתא דשכיח ואם היו גוזרין גם בזה דמעות לא קני הוי עקירת ד"ת לחלוטין כהי דיש כח ביד חכז"ל גם כה"ג וכ"ש בממון דהפקר ב"ד הפקר מ"מ ל"ל בזה כיון דגזרו בשכיח לא חלקו גם בלא שכיח כיון דהיו צריכין לאלם הגזרה במלתא דלא שכיח לעקור ד"ת לחלוטין מה שלא עשו במלתא דשכיח והוי כבאו לעשות תקנה חדשה במלתא דלא שכיח ובזה מתורץ נמי קושיית החכ"ל סימן ס"א בד"ה ואגב על מ"ש מהרא"י בפסקיו סימן רס"ז כיון דתקנו רבנן בחד אונס ה"ה בכולהו אף דהן מלתא דל"ש אי שייך בהו חד טעמא עיי"ש ועיין ב"ש לקמן סימן כו"ן ס"ו בד"ה תו כתב דאהכי מנהג משום שטימתא לבטל קנין וחיוב מדינא.

ובלא"ה מ"ש מהרי"ו דזנות שלא בעדים והתראה שכיח לכ"ע דהא כתבו הרמב"ם וטוש"ע בחו"מ סימן א' דאין גובין בבבל פגם מחמת דלא שכיח לא עבדינן שלוחתייהו ופגם היינו זנות דבתולה ע"י פיתוי או אונס ומבואר בסמ"ע שם ססק"י דלאנס או לפתות הבתולות ל"ש ואדרבה הל"ל דהא אנן קי"ל כר"י בפ"ב דגיטין די"ז דתקנו זמן משום שמא יחפה על בת אחותו הרי תקנו משום זנות אף דלא שכיח.

בחצר המלך מהר"ם מר"ב כתב דלא פסקינן כר"כ שהתיר לבי ר"ג כיון דמייתי הש"ס בפרק אעפ"י ברייתא דרדיפה דלא פליג בהבחנה ה"כ ל"פ ובשו"ת גבורת אנשים הקשה דמה פריך בפרק החולץ דתתבע ליורשים דאם לא יהיו יורשים אמודים מה תעשה וע"כ דפריך למה אסרו נשים ליורשים הרי דלא גזרו משום ל"פ עיי"ש ונראה לפימ"ש לעיל דכל קושית הש"ס קושב על רבא דס"ל דר"מ דאמר יוליא ולא

ולא

ולא יחזיר עולמות אמר ד״א עם כ״א דה״נ הכנים עלמו בספק איסור תורה כיון דאפשר יסתכן הולד ובתוספתא יליף לה מקרא דאל תסיג גבול עולים ולכן פריך שפיר דתתבע ליורשים אמודים וליכא סכנה והסגת גבול אלא משום ל״פ ובזה לא יאמר ר״מ דלא יחזיר לעולם ועוד כתבתי לעיל דכתב תה״ד דלא מחמירין בל״פ כמו בגוף הגזרה וה״נ לא הוה לר״מ לקנסו עולמות באיסור לא פלוג וזה מוכח מגוף הברייתא דקתני לא ישא מעוברת חברו ומינקת חברו ושנה מברייתא דמייתי בפרק אעפ״י דתני מינקת שמת בעלה לא תנשא עד כד״ח ומשום דבפי אעפ״י כל שהיתה רק מינקת כשמת בעלה אף דאח״כ גמלתו או שכרה לו מינקת אסורה משום ל״פ כפרש״י בפרק אעפ״י אבל בפרק החולץ דתני דיוליא ולא יחזיר עולמות לר״מ דוקא כשנשאה. בעודה מינקת דלא קנים בל״פ כמו בגוף הגזרה שו״ר בשו״ת ב״א החדשות סכ״א כתב לתרץ מ״פ הרמב״ם טעם דדחפא דלא חיים על בן חברו והש״ס פריך דעל של חברו נמי חיים דקושית הש״ס רק דלא ה״ל לקנסו דלא יחזיר עולמות משום חשש דלא קפיד על בן חברו אבל לכתחלה שפיר י״ל משום דחפא.

ובבנ״י שכ״ע כתב הא דהתיר ר״כ בנתנה למינקת היינו מינקת פנויה דבנשואה שמא תתעבר ותעכור חלבה ומי ימסמס הולד בביעי וחלב ותמה שלא הוזכר בשום פוסק חילוק זה יעיי״ש ובשו״ת מיימוני להלכות אישות פכ״ד מבואר להיפך דנתנה למינקת נשואה והדירה עד״ר שלא תחזור והתיר רבינו יעקב להאלמנה אם הילד להנשא ור״ת מר״ב הלק עליו משום שמא יפר לה הבעל בחשאי תכף או משום דל״א קי״ל כר״כ ובאר גדולי הדור חלקו משום דשאני דבי ר״ג דלא הדרי משום אימת בו״ד ולא אחד בהם שיאמר משום דהמינקת נשואה ומלאתי אח״כ עמדו בזה עיין בכו״ב קמא חאה״ע סי׳ כ״ה וב״מ כאן וכ״ל דהא מבואר ביבמות דתמסמס בביעי וחלב הוי כהנקה רק הבעל לא יתן משום שאינו בנו וליורשי בעל ראשון בושה לתבוע בב״ד וא״כ כאן דשכרה המינקת אם תתעבר ותעכר חלבה תוכל למסמס לו בביעי וחלב ול״ל דלא נשכרת רק להניק בדדיה ותרויח השכר כולו דנתנה בנה למינקת לאו דהתנו בהדיא רק להניקו אלא סתם לגדלו עד כד״ח ובפרשת חיי שרה על ואת מנקתה ת״י פדגותה דהיינו מגדלה וסתמא הכי הוא כיון דהמינקת נשואה ה״ל להעלות עה״ד שמא תתעבר ותעכר הלבה א״ו עד״ז נתחייבה אם תעכר חלבה תמסמס לו בביעי וחלב וליכא למיחש דבעל המינקת לא יתן לה דהא תוכל ליקח בדמי שכרה וא״ל דבושה לתבוע אם הילד בב״ד דאם הילד ודאי תתן שכרה דרוב נשים חסות על בניהן כמ״ש הרא״ש פרק החולץ סכ״ו ול״ל כיון דאם הילד נשאת הכניסה הכל לבעלה ובעלה לא ירלה ליתן כמו דחשו דלא יתן לאשתו ביעי וחלב דשא״ה דאינו מחויב ליתן משא״כ כששכרה מינקת ונתחייבה בשכר הנקה מחויב אח״כ בעלה לשלם כמבואר בשו״ת עה״ג דמחויב לשלם שכר שדכנות שנתחייבה אשתו וכל הטעמים שכתב שם מהמר״ם פאדוה סכ״ה שייכין גם כאן ול״ל. דאם הילד בושה לתבוע מבעלה דהא כתב הרשב״א בתשובה סי׳ תתקכ״ז דסתם נשים נו״נ בנכסי בעלה א״כ א״ל לתבוע מבעלה כלל וודאי מיירי דבאלמנותה היה לה לשלם דמי הנקה עד כד״ח דאל״כ בלא״ה מה יועיל דנתנה בנה למניקה הא לא יהיה לה לפרוע ובעלה אינו לריך ליתן כשלא הכניסה לו הממון וא״ל א״כ בלא כדרה המינקת עד״ר למה חשו דהדרא בה מ״מ תקח אם הילד בנה אללה ואף דתתעבר תמסמס לו בביעי וחלב ובעלה כבר נתחייב לשלם להמינקת ומה לו כ״מ למי יתן אותו שכר לאם הילד או להמינקת דזה אינו דודאי קפידא בדבר דכשהילד אלל מינקת א״ל אמו לטפל בו ועוד דהא טעמא דבעל מחויב לפרוע מה שנתחייבה האשה שכירות משום דהוי כמלוה בשטר כמ״ש במהר״פ ועבוה״ג שם לכן אף דבעל לוקח הוי מוליאין ממנו וא״כ כיון שהמינקת אפשר תחזור בה ותחזור הילד לאמו ותנקהו בעלמה ולא יהא עליו טענת דמים א״כ חשוב אין כתובין ואין לו קלא דלא מוליאין מלוקח כמו דאיתא בגיטין דף כון ע״ב דאין מוליאין לאכילת פירות ולמזון האשה והבנות מלקוחות משום ה״ט עיי״ש דה״נ כיון שאפשר תחזור בה המינקת אין חיוב שכרה ברור כשנשאה ולא חשוב כתובין משא״כ אם המינקת נדרה עד״ר דברור החיוב מיד.

ועוד י״ל כ״ז שלא נדרה עד״ר שלא תחזור בה גם אם הילד יכולה לחזור בה דאם לא היו מולאה מינקת אחרת לשכור כששכרה את זו יכולה המינקת לחזור מדינא כדאיתא בחו״מ סימן של״ג ס״ה ולכן חששו שמא תחזור בה ולא חלקו בין היה מלוי אז לשכור אחרת דלא ניכר החילוק בין זו לזו כמו דניכר בין שכרה מינקת בין לא שכרה וע״כ גם אם המינקת יכולה לחזור אף דהמינקת התחילה להניק מ״מ יכולה לדחותה להשכיר עלמה לאחרים כמבואר בחו״מ סי׳ של״ג ס״ב ואם כן לא חל החיוב עדיין בהחלט ובעל לוקח הוי ואין מוליאין ממנו דלא דמי לשדכנות דכבר חל החיוב בבירור בשעת החתונה אבל כשנדרה המינקת עד״ר שלא תחזור בה חל חיוב השכירות תיכף על אם הילד כיון דנשתעבד גוף המינקת להניק עד כלות הזמן וכדאיתא כה״ג בחו״מ סימן ל״ע סי״ז ועיי״ש בתומים ס״ק כ״ז ובקלו״ה שם סק״ח ובאיבורי ערך ש״י סימן קמך ס״י.

וכן נראה דעת הר״י ומהר״ם שבתשובות מיימוני שלא הזכירו רק דהמינקת נדרה עד״ר שלא תחזור בה ולמה לא חשו דאם הילד תחזור בה ובאב״מ כתב דגם אם הילד לריכה ליסבע וכמ״ש באסי״ז בפרק אעפ״י בהא דבי ר״ג דלא חזרו מאימת ר״ג ולמה לא חשו דאם הילד תחזור ותרלו מפני חשיבותן אין חוזרין עיי״ש אבל משו״ת מיימוני משמע דל״ל דאם הילד תשבע עד״ר ונראה דבשלמא בהך דבי ר״ג דמדינא יכולה לחזור המינקת כל שלא היה מלוי אחרת לשכור בשעה ששכרה זו רק מאימתן אין חוזרין אזי גם אם הילד יכולה לחזור משא״כ כשנשבעה או נדרה עד״ר דאסרה גופה להניק גם אם הילד נתחייבה מיד בהתשלומין וליתא בחזרה דכיון דזכתה אם הילד זכיה ברורה שנשתעבדה המינקת להניק נתחייבה אם הילד בתשלומין וכן נראה משו״ת בית אפרים החו״מ סימן כ״ף בסד״ה וראיתי באורים ואחריו בד״ה ואמנם דאין זה מחמת חליפין רק כיון שכנגדו א״י לחזור נתחייב זה בדמים שפסק לו בעד זה.

ג״ה קודם מיתת בעלה באה״ע לקמן ס״ק ל״ג הביא מ״ש בכס״י דדוקא מינקת פנויה אהא דנתנה למינקת בחיי בעלה וכן הפ״ת הביא באה״ע זה בס״ק כ״ב אדין זה דפסק הלבה בחיי בעלה ושכרה לו מינקת בחייו ופ״א בא מעשה שנתנה בנה למינקת

ג"א קודם שנתגרשה והתירוה מורי הוראה ולוותתי הרי בא"ה"ע ופ"ת כתבו מהכנס"י דוקא פנויה ולחו דברי דשאני ג"א בחיי בעלה דתו לא נקראת מינקת ואמרתי הרי גם בפסק חלבה לא נקראת מינקת ומה דלריך ג"א משום דבג"א ודאי פסק חלבה כמ"ש בשו"ת רא"ש ואח"כ עיינתי בכנס"י והתם קאי אהא דר"נ שרא לדבי ר"ג ועי"ז כתב הא דהתיר ר"נ ודכוותיה ליתן למינקת פירש מינקת פנויה אבל נשואה דלמא המינקת תתעבר ותעבר חלבה ומי יתמסם הולד עכ"ל הרי דלא איירי בנתנה למינקת בעודה תחת בעלה אלא כמעשה דר"נ שהתיר לדבי ר"ג להאלמנות ליתן למינקת וע"כ כתב התיר ליתן דאחר שנתאלמנו שייך לומר כן שנשאל אם מותרת ליתן למינקת כדי שתוכל להנשא תוך כד"א אבל בחיי בעלה הל"ל אם נתנה מותרת אחר מותו להנשא ולפ"ז אינו מוכרח דברי בא"ה"ע ופ"ת שהעתיקו דברי כנס"י על שנתנה למינקת בחיי בעלה אף די"ל דסוף סוף כיון דההיתר רק מחמת שנתנה למינקת מ"ם נתנה בחיי בעלה או אח"כ מ"מ י"ל לפימ"ש קרבן נתנאל בפי' אשפ"י אות ע"ז הובא בפ"ת ס"ק כ"ג דמה דלריך בפסק חלבה נתנה למינקת שיתפרסם הדבר ע"י מעשה שכירת המינקת וא"כ עיקר ההיתר פסיקת חלבה ולענין הפרסום ל"ש נשואה או פנויה המינקת ופ"ת העתיק בס"ק כ"ב וס"ק כ"ג דברים סותרים ולא הרגיש ויש לסמוך בזה דבלא"ה כתבתי לעיל דבשו"ת מיימני מבואר דכל הגדולים לא ס"ל הך סברא דהכנס"י.

סי"ב ויוליא כתב ב"ש ס"ק כ"ט אם כנס מעוברת והפילה עיין סימן קס"ד ושם נסתפק אם מחויב בגט וב"ש כתב פשוט שא"ל דאיך אפשר שיגרש היום ומחר יקחנה ויהא חוכא ומכ"ש בכהן דאם יגרשה יתסר להחזירה וכן נשא מינקת ועברה עד אחר כד"א דא"ל לגרש היום ומחר יקחנה וכן מבואר בש"ע נשא וברח ולאח"ז וכו' אין בכך כלום ובזר ליכא חוטא כשכר דאם היה מגרש כבר היה רשאי להחזירה אחר שהפילה א"ת הנה מ"ש דליכא בזה חוטא ונשכר י"ל דאם היה מגרש אפשר לא היתה חוזרת לו או הוא לא היה נושאה עוד כמלא או הוא או היא נשכר במה שלא גרשה אם לא יגרשה עכשיו ומש"ע נמי לא הוי חוכא דיגרש עכשיו לבטל מעשיו שעשה באיסור וכל אחד יהא ברכה בידו מלהתקשר עוד אך זה קשה מנשא וברח ולאח"ז וכו' ונראה דהזיכן בפי' אשפ"י כ"ט ע"ב ק"ל למר בר"א מת אסורה להנשא דהוי עובדא וחנקתיה לכן ס"ל למר בר"א דניחוש שתהרגנו רק הש"ס מסיק הלכתא מת מותר דלא עבידי נשי לחנוק בנייהו א"כ י"ל שאני הפילה אחר שנשאת באיסור חדא דהש"ס איירי בעדיין לא נשאת באיסור ויש בהריגת הבן רליחה ושפיכת דמים ורחמי האם על בנה שנולד לה משא"כ בנשאת מעוברת דהזיכן דבהולה להנשא ועבדה איסור ובעובר ליכא בהריגתו חיוב דשפיכת דם רק איסור בעלמא כמ"ש חו"י סימן ל"א וגם בזה כנוך שם וגם איכה מרחמת עליו בעל הילוד ואף דבפי' החולץ אמר דעל דידיי חייס אף על עובר מלדחסו הייכו דוקא אב וכמו שמחלק בשו"ת מב"ע ח"א דעפי רחים אב לבן מאם לבן במידי דאיכא דררא דממונא ויהיב נפשיה וממוניה עפי אב ומאם דלאב עושה מלאכה ואי יהיב לבריה לא חסר ליה מידי דאיכא ליה רווחא באומנות משא"כ האשה דאין לה חכמה אלא בפלך ומ"ה בעל חייב במזונות האשה וזכר לדבר כרחם אב על בנים וידי נשים רחמניות בשלו ילדיהן עכ"ל ק"ס של"ע ובשעה"מ פכ"ב ממכירה ה"י החזיק בדבריו דלערא דגופה חמירא לה טפי עיי"ש ולכן אם תאמר דנושא מעוברת והפילה א"ל לגרשה יש חשש שבתחבולות תעשה להפיל הולד באופן שלא תסתכן כדי שלא יגרשה בעלה ול"מ כהן דיהא אסור להחזירה אלא אפילו ישראל דשמא לא יחזירה אחר גירושין עוד ולהמתין עליה עד כד"א לאחר לידה וכמלא תקנתו של עובר קלקלתו דע"י תקנ"א דנושא מעוברת לריך להוליא בגט משום שמא תתעבר תוך ימי הנקתו ותעכר חלבה ולא יתן לה בעלה לשמום בא קלקלתו דתפילו בתחבולות וע"י רופאים ואפשר זה קרוב יותר ממה שתתעבר בימי הנקה ויעכר חלבה ולא יתן לה בעלה לתשמום ותהא בושה לתבוע ליורשו בעלה הראשון וקטלה ליה כדאמר בש"ס.

ברב"י נסתפק בנתעברה באמבטי אי מותרת להנשא ופשיט לה מחגיגה י"ד דאמר דשמואל ל"ש ומאמבטי נתעברה ושריא לכ"ג עיי"ש ואינו ראיה די"ל בזאת אומרת מאמבטי דאזלא בתר הכ"ג נתעברה ולאמנת כגד חשש דרבנן מעוברת חברו אבל אי דשמואל שריאה יש חשש דאורייתא דבתולה מעמיו ויש ק"ק שמא אתרמי כדשמואל ואת"ל מאמבטי שמא לא מכ"ג זה ואיכה לאמנת כגד ס"ס ומפרע די"ל עכ"ז להנשא לו ואי הוה שכיח דשמואל לא היתה נאמנת באיסור דאורייתא משא"כ אחר דתלינן באמבטי וליכא רק חשש מעוברת חברו אף בחשש עכ"ז נאמנת שכשילא הכ"ג מהאמבטי ולא קדם לו שום איש נכנסה היא ואז נתעברה ועיין בוב"ת חא"ע סימן ל"ט דמחלק כן דבאיסור דאורייתא א"כ בחשש עכ"ז ובאיסור מינקת נאמן ולפי פירש תוס' בחגיגה דאם נתעברה בהטי' כדשמואל ג"כ מותרת לכהן גדול קשה יותר הא אסורה לו משום מעוברת חברו ונראה דמוכה הל"ל דמותרת דאין מע"י להנואף ולא משתעבדא להניק בנו ונסברת הרמ"ם בגרושה אך ר"ת חולק וי"ל משום דל"פ בין גרושה לאלמנה ובגרושה נמי כיון דכשהולד מכירה מחויבת להניקו ל"פ בין מכירה א"ל והתינח היכא דאלמנה או גרושה ומכירה אסרו חכז"ל י"ל דהשוו מדותיהן אך כ"ג דאסור באלמנה ובאשה שכבר ילדה מן התורה דאינה בתולה לא עליו גזרו חכז"ל כיון דבלא"ה אסור מן התורה תו ל"ל בזונה מעוברת דליתסר הכ"ג בה משום ל"פ וכן בנתעברה באמבטי ואף לפימ"ש הרא"ש בפי' החולץ דאף דלא משתעבדא להניק אסרו משום דרוב נשים חסות על ילדיהן ומניקות אותן מ"מ בזונה אין חסה על בנה כדאיתא בקידושין דף ע"ג ועכל"ל רק משום ל"פ אסורה וכ"כ בל"ל קנ"ה דמזנות חשידי לחנוק בניהן וכבר כתבתי לעיל דגזרה דמעוברת עיקר על הנושאה דהוא מרגילה.

כתובה אחרת בחמ"א וב"ש סק"ל כתבו דאם רלונה להחזיק כתובה ראשונה עד שיחזירנה לאשה א"ל לכתוב לה כתובה אחרת וכ"מ מלשון הרא"ש בתשובה שכתב דאם תרלה לחזור אליו יכולה לומר לא אחזור עד שתכתוב לי עוד כתובה אחרת משמע דברלונה תליא והאב"מ כתב דלאו ברלונה תליא דאפילו מוחלת כתובה ראשונה בתנאי שאם תתאלמן או תתגרש יחויב לפרוע כתובה ראשונה דתו איכה קלה בעיניו להוליאה כמי לא מהני כיון שאין לה כתובה מנשואין שנייס הוי משהה

משהה אשתו בלא כתובה וכמ"ש תוס' כה"ג בפרק החובל דף פ"ט דלא אמיינן דיכתוב הבעל ללוקח שטר בשמו דכיון שאין הכתובה על שם האשה הוי כמשהה בלא כתובה אף דאינה קלה בעיניו להוציאה אח"ד ולא נראה דהא בס"פ הכותב תנן שתי כתובות וגט אחד או כתובה ושתי גיטין או כתובה וגט ומיתה אינה גובה אלא כתובה אחת שהמגרש את אשתו והחזירה על מנת כתובה ראשונה מחזירה ומדייק הש"ס מדקתני אין לה אלא כתובה אחת ולא קתני אין לה אלא כתובה אחרונה אלמא אי ניחא לה למיטרף לקוחות מזמן ראשון טרפה וכן הלכה לקמן סימן ק"ף ואי איתא דאסור לדור עמה על סמך כתובה הראשונה איך יאמרו רבנן אומדנא כזו על כל ישראל דע"מ כ"ר מחזירה ובעילתו כל ימיו ב"ז והא קי"ל חזקה אאב"ז ואחזוקי אנשי ברשיעי לא מחזיקינן אפילו באיסור דרבנן תדע דהא לכ"פ פנויה שאינה מופקרת רק איסור דרבנן ומ"מ אמרינן חזקה דא"א עושה ב"ז כמבואר בפ' המדיר דף ע"ג ובפ' הזורק פ"א ע"ב וביבמות דף ק"ז וב"ה כיון דאיכא קידושין וכתובה לא אתי למימר דב"ז וא"כ הכא דליכא כתובה להא"מ הוי ב"ז ואפילו בשאר איסור דרבנן אמרינן הכי וכאשר הביא בקה"י בחלק מדות חכמים אות א' ס"ב מהרא"ם והס"מ וכמה דוכתי ואפילו את"ל דל"ל בזה אחזוקי ברשיעי לא מחזיקינן משום דאינו רק איסור דרבנן או דכ"ע לא ידעי האי דינא מ"מ הא אמרינן בפא"כ דף ס"ח ע"ב רב עילים דגברא רבא הוא איסורא לאינשי לא הוה שפי ומיירי שם באיסור דרבנן ומפרשין הלשון שבשטר בדוחק ולא כמשמעותיה כמ"ש כ"י שם ומהכי האי סברא אפילו להוציא ממון כמ"ש הפוסקים שם ביו"ד סימן קע"ז סכ"ה ואיך פסיק ותני כאן סתם דע"מ כ"ר מחזירה לדור באיסור כל ימיו ולא אישתמיט מימרא דגברא רבא לא ע"מ כ"ר מחזירה והב"ח לקמן ס"ס קו"ף כתב דאפילו מודה שכתב לה כתובה אחרת וטוען שפרע נאמן במגו דל"כ לה וע"מ כ"ר החזירה עיי"ש והרי קי"ל דלא אמרינן מגו דאי בעי טעין טענה דמשום א"ע רשע כדאיתא בש"ך חו"מ ס"ס פ"ב בכ"מ אות כ"ד ואחרונים שם וגם ראיית האב"מ יש לדחות דהא אם מכרה כתובתה בטוה"כ לאחר אף דתו אין לה כתובה אמר הש"ס בהחובל שם כיון דאינה קלה בעיניו להוציאה מותר לדור עמה וגם כשכותב הבעל ללוקח שטר בשמיה לולא הקושיא של תוס' לא ה"א דאסור א"כ היכא דאיתמר איתמר והיכא דלא איתמר לא איתמר וכמ"ש המל"מ פי"ב מה"ג הט"ו והובא ביד מלאכי בערך ל"פ וכ"ש כאן דחזינן במכרה כתובתה בטוה"כ אזיל הש"ס בתר טעמא דלא תהא קלה בעיניו להוציאה ולא אמרו דלא פלוג ועוד דשאני הכא דלא קלה בעיניו להוציאה מחמת כתובה ראשונה הכתוב על שמה לא מחזי כמשהה אותה בלא כתובה.

סימן ט"ו

ס"א קידושין תופסין בהן עב"ש סק"א הש"ג על המ"ח שכתב דאם היתה ערוה לשני כמו לראשון לא תפסי קידושין של השני דהא בב"ש סמ"ב הביא ג"כ אם קידש לפני עדות פסולי דרבנן ובא אחר וקידשה נמי לפני עדות פסולי דרבנן קדושי שניהם תופסין בה וכ"פ שם הב"י מזה נשמע ה"ה אם קדשו שניהם ערוה דרבנן וז"ל המ"כ אשה שנתקדשה בפני עדים שהם קרובים ואח"כ הלכה ונתקדש לאחר בפני עדים קרובים ופסקו החכמים שאלו ואלו אינם קידושין והתירוה לעלמא והלכה ונשאת לאחר ואח"כ עמד אחד וערער על הוראות החכמים לפי שהקרובים היו ע"י אישות והם פסולי עדות דרבנן וצריכה גט והקידושין השניים ג"כ חלו אעפ"י שהעדים היו קרובים כיון שהקדושין הראשונים לא היו בעדים כשרים עכ"ל וכבר תמה כנה"ג ואחרונים דבמ"כ ליתא לקידושי שניים.

ונ"ל דהנה בתוס' פ"ק דב"מ דף כ"ף בד"ה שובר בזמנו טורף כתבו לענין איסור נראה דאם עבד בא עב"י קודם שבא לידו גט שחרור שפחה ושמא גם גבי איסור זכין לו משעת חתימה אעפ"י דלא שייך טעמא דפירשית מ"מ לא פלוג רבנן ויש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה עכ"ל הרי נסתפקו אם מחמת שתקנו לענין ממון דעבז"ל יועיל גם לענין איסור כאלו הוא כן מן התורה משום לא פלוג וה"נ לענין פסולי עדות דרבנן מחמת קורבה דאישות יש האי ספק אך תקנת חכמים היתה בממון לפסול העדים דוקא כשבע"ד מכחיש דאל"כ הא נאמן עלי אבא ג"כ כשר להעיד ובקידושין דלא תליא בהודאות בע"ד ולא מהני נאמן עלי אבא שם פסלו חכז"ל לקרובי אישות אפילו מודים להם הבע"ד אבל בזה ל"ל לא פלוג כמו דפסלו לגמרי לענין ממון ה"נ באיסור דהא לענין ממון לא תקנו רבנן באופן זה ובזה ודאי לא עקרו לענין האיסור דבר מן התורה ונידון המעשה דמ"כ שהלכה ונתקדשה לאחר ג"כ לפני פסולי עדות קרובים מחמת אישות ועדיין לא בא השאלה לפני החכמים מה דאתה אחר שכבר נתקדשה לראשון אע"כ דהכחישה קידושין ראשונים ואפילו שתקה הכי הוא דהכי דקי"ל א"א שפשטה ידה וקבלה קידושין מאחר דוקא בפני בעלה דחזקה דאינה מעיזה תלינן דנתגרשה כדאיתא בפ"ב דכתובות דף כ"ג ה"ט דגירושין קלא אית לה דמה"ט ס"ל לר"י בב"ב קל"ד ב' דבעל שאמר גירשתי את אשתי אינו נאמן דאם איתא דגרשה קלא אית לה כמו שפירשב"ם ותוס' שם לכן כשליכא חזקה דאינה מעיזה אינה נאמנת מדליכא קלא דנתגרשה ומה"ט אפשר דליכא בזה נמי משום שאנ"ח לאסרה על עלמא אחר שמת או גרשה ראשון משום קידושי שני לפימ"ש הרא"ה ח"א סמ"ח דאם יש ידים מוכיחות שמשקר אין אומרים הא שויא אנפשיה חתיכה דאיסורא הובא בבאה"ט לעיל סימן ד' סכ"ז סקל"ז ולכן כאן דנתקדשה לשני שלא בפני ראשון ליכא למתלי בגט אך דמכחשת קידושי ראשון דהעדים פסולים ואין נאמנים וגם אין מתנגד בזה חזקת א"א וא"ל לחזקה דאינה מעיזה וכיון דמה דקבלה קידושין מאחר חשוב הכחשה לעדים ראשונים ובקידושין שניים ליכא הכחשה דלא הלכה ונשאת לשלישי עד שהתירוה החכמים ע"כ צריכה גט גם מהשני דליכא ממ"כ כיון דמודית בקידושין שניים ומכחשת הראשונים אבל אם היתה ערוה דרבנן לראשון ולשני ודאי י"ל ממ"כ כמ"ש החמ"ח ובכנה"ג בסמ"ב בהגב"י ס"ק קפ"ז כתב דתיכף לו מורו דלא אמרינן ממ"כ לפי שהם אנו אומרים שלא תצטרך גט משני יאמרו שאין קידושין תופסין באחותה כדאמרינן בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה וכוונתו להא דפרק האיש מקדש מ"ד ע"ב דחיישינן שמא נתרצה האב וצריכה גט ומיאון עיי"ש ולא נראה דשא"ה דמד"ת אין לחוש שמא נתרצה

כתרלה אביה דאוקמוה בחזקת פנויה ורק מחומרא אצריכה גט לכן צריכה גם מיאון דשמא יאמרו אין קידושין תופסין באחותה ומדינא אם קידם אחותה ודאי קידושין הן מדאורייתא משא״כ הכא דס״ל להמערער דהעדים הן רק פסולין מדרבנן ומדאורייתי׳ קידושי קמא קידושין ואם יקדש אחותה אינן קידושין כלל מדאורייתא מכלן לחדש גזרה לגזרה ועוד דכיון דהכל יודעין דקידושי השני במ״כ לא חלו ולפיכך ל״ל גט משני אין לחוש דיאמרו אין קידושין תופסין באחותה וכדאמרינן בקידושין שם דף נ״ה הכל יודעין אחות חלוצה מדרבנן ואין לחוש לשמא יאמרו אין קידושין תופסין באחותה ועיין טו״ז יו״ד סימן לד״ק ס״ג בטו״ז ובחידושי שם דאין לנו לחדש גזרה מה שלא נזכר בש״ס וכמ״ש הכ״ל ס״ם ל״ב דמחמיר במילי דרבנן עליו הלא״ה.

ס״י דיש מסתפקין והקשה חמ״ח דאם כן מי שיש לו בן מן הכותית אשתו לא תתייבם רק תחלוץ וכו׳ כ״ל כיון דאסור לבא על הכותית ושפחה ורוב כשרים הן וגם רוב נשים מתעברות ויולדות אם כן הוי מיעוטא דמיעוטא ובמלתא דל״ש ל״ג בה רבנן ואפילו תימא דכיון דגזרו בשאר בן מן השפחה שלא ישא אחותו דהוי מיעוטא הו לא חלקו אף היכא דלא שכיח כלל וכמ״ש תה״ד בפסקים בסימן רס״ז כיון שתקנו רבנן בחד אונס ה״ה באונס דלא שכיח יותר אי שייך בהו חד טעמא מ״מ י״ל כיון דמלוה ביבום לא רצי לבטל מלות יבום במעוטא דמיעוטא משום לא פלוג וכה״ג כתב הלח״מ פ״ג מהלכות שביתת יו״ט דלא אסרו כבוי ללורך משום דאסרו כבוי שלא ללורך מטעם דל״פ רבנן כיון דשני ענייכים הם דהאי ללורך והאי שלא ללורך והובא ביד מלאכי וכ״ל כוכתו דהאי ללורך משום מלות שמחת יו״ט וה״כ בשלמא לישא אחותו ושפחה אינו מלוה דיכול לישא אחרת משא״כ, לדחות מלות יבום ואין להקשות דמ״מ ביבום ארוסה דל״ל דל״ש דרוב נשים מתעברות רק אחר כישואין י״ל לפימ״ש בחידושי רמב״ן שלהי יבמות אהא דאין בודקין עדי נשים בדו״ח משום דאיכא כתובה למשקל כד״מ דמי ואף דבארוסה ליכא כתובה א״א להחמיר בארוסה יותר מבנשואה דאם כן שויתינהו למילי דרבנן כחוכא ואטלאי בחכ״ל סימן מ״א דשלא תלד אף מיעוטא דשכיח אינו.

ועוי״ל דבאחותו מאמו בלא״ה אסור מדרבנן כדאיתא ביו״ד ר״ס רס״ט וליכא למגזר רק שלא לישא אחותו מאביו לבד ל״ל הטעם משום דיטעו דלא אסרה תורה רק אחותו מאמו ומאביו או מאמו לבד דאפילו בב״כ אסור ולא ידעו דבן שפחה או נכרית לא חשוב כלל אח מאביו וחשש זה לא שייך ביבום מי שיש לו בן מן הכותית או מן שפחה ול״ע למה לא הקשה החמ״ח מן רישא דמשנה שם דאח מן השפחה ונכרית אינו זוקק אשת אחיו ליבום ואפשר דהתם י״ל דדוקא ליבום אינו זוקק אבל חליצה מדרבנן לריך או דמיירי באח מאביו ואמו דבכה״ג ליכא למטעי או כיון דבאח גם מאמו ליכא למגזר לא גזרו כמי באח מאביו לבד דא״כ הוי מילי דרבנן כחוכא דאם הוא אחיו גם מאמו השפחה אינו זוקק ובאח מאביו לבד זוקק לחליצה ואין להקשות מהיכי תיתי לנו לחדש גזרה שלא מלינו שגזרו חכז״ל וזה ק״ו ממ״ש המג״א בסימן י״ג סק״ז ובסימן ש״א ס״ק כ״ח דהתם איפתני ושייך לגזור בזה״ז ולא היה שייך לגזור בזמן הש״ס אך בזית רענן בילקוט כי תלא כתב עמ״ש הילקוט דהבא על הנכרית או על השפחה חייב משום אשת אב ומשום אשת אח דכשהולד גדל ומתגייר א״י שהוא אביו ולפעמים נושא אשת אביו או אשת אחיו אע״ג דבאמת לא מקרי אביו ואחיו אפשר דרבנן גזרו עליו והובא בביאור הגר״א.

וב״ש סק״ח הקשה למה לא כתב דין זה ג״כ לעיל בישראל הבא על הנכרית דהוי זרע שלו מדרבנן ואסור בממזרת ונראה לפימ״ש הב״ש לעיל סימן ד׳ סכ״ב סקל״ה דגר ועבד משוחרר כהי דלא איקרי קהל ואין איסור משום לא יבא ממזר בקהל ד׳ מ״מ אסור להרבות ממזרים א״כ כיון דמ״א כאן בא רק לומר דיש להחמיר לכתחלה והרי שם בלא״ה אסור לכתחלה.

עוי״ל דדוקא לענין אחותו יש לגזור כיון דהבאה מן העריות אחותו היא כמבואר כאן יש לגזור גם הבאה מן שפחה ונכרית דאידי ואידי לא תפסי בהו קידושין ואתי למטעי אבל לענין לישא ממזרת גם הבא מן העריות ממזר הוא ומותר בממזרת והכי מסתבר דמהיכי תיתי לגזור שלא ישא אחותו מנכרית ושפחה אטו אחותו מישראלית דהא מבואר בפי׳ הא״מ ובפ״ק דב״מ דהכל יודעין שאין קידושין תופסין באחותו והיינו משום שהוא בכרת ועוד כיון דרוב ישראל כשרים א״כ לא שכיח שיוליד ישראל משפחה ונכרית ובמלתא דל״ש ל״ג רבנן אע״כ דחששו משום אחותו דכולדו מעריות וכיון דגם זה לא שכיח גזרו לא שכיח אטו ל״ש כמ״ש הליכות אלי דגזרינן ל״ש אטו ל״ש הובא בשעה״מ פ״ד מהיו״ט הח״י.

עוי״ל כהי דגזה״כ דישראל הבא על נכרית ושפחה הולד כמוה מ״מ מסברא יש בולד הלק מאביה כמי ומחזי כנושא אחותו מאביו לכן יש לגזור באחותו אבל לישא ממזרת כל שאין כולו ישראל לא חשוב קהל ודאי כמו שביארתי לעיל סימן ד׳ ס״ה ועיין בפרק יש בכור דף מ״ז ברש״י בד״ה דאיעבר מנכרי דלית ליה חיים לגבי ישראל ושייך הבן בתר אמו ישראלית נפי ובתר אבוה עכ״ל הרי אף דנכרי הבא עב״י הולד כמוה מ״מ יש לנכרי אביו ג״כ קלת חלק בו ולפיכך מזהמין את הולד כמ״ש תוס׳ שם ה״כ בישראל הבא על נכרית ושפחה כהי דהולד כמוה מ״מ יש לאב קלת חלק בו ודומה קלת לאחותו מאמו אף דלמשפחותם לבית אבותם כתיב ולפ״ז י״ל קושית הח״מ דבנו מנכרית ושפחה אינו פוטר מיבום אף דיש לו קלת חלק בו מ״מ כיון דכתיב ובן אין לו לריך שיהא לו לבדו כדדרשינן בפ׳ המגרש דף פ״ז וכתב לה ולא לה ולחברתה.

סי״ג בת אשתו בתוס׳ ר״פ נושאין על האכיסה ד״ה עריות כתבו וא״ת כיון דאיסור אשה ובתה מערות אשה ובתה לא תגלה נפקא אימא שלא אסר הכתוב אלא היכא דגלי ערות שתיהן אבל ככנסה לחופה ולא כבעלה מותר לגלות ערות האחרת וא״י דסברה הוא כיון דכתיב שאר בקרא ע״י הכשואין בא השארית וברים יבמות תד״ה בתה כתבו ובת אשתו היכא דככנסה לחופה ולא כבעלה כראה לר״י דחייב על בתה אף דל״ת כתיב דמשמע ביאה סברא הוא דאין תלוי בביאה דהא לא מיחייב על בת אנוסתו אלמא בקידושין תליא והקשה בית מאיר דתחלה כתבו דוקא ע״י חופה ולבסוף מסקו ע״י קידושין ובפרק נושאין כמי משמע דוקא ע״י חופה מדכפיק להו משאר וארוסה לא נקראת שאר כדחזינן למ״ד יורשת הבעל דאורייתא וכע״מ דארוסה אינו יורשה

יורשה דלא נקראת שאר וכן מבואר הטעם יבמות כ"ט ב' לענין שלא תטמא לו ברש"י וכן איתא בפסקי תוס' פ"ק בת אשתו שנכנסה לחופה ולא נבעלה חייב על בתה את"ד וכ"ל כיון דארוסה אסורה לו מד"ס אינו ראויה לו ול"ח שאר משא"כ כשנכנסה לחופה דהכל יודעין כלה למה נכנסה לחופה ובידו לבעלה ומלוה וקי"ל כל העומד לזרוק כזרוק דמי אבל ארוסה מד"ס מחוסר מעשה החופה וכתבו תוס' בפרק או"ב פ' ע"ב ובמרובה ע"ו ע"ב דלא אמרינן כל העומד לזרוק כזרוק דמי אלא אחר שנתקבל הדם בכוס כיון דמלוה להמתין עד שיתקבל כל דם הנפש וכן משמע בפ"ק דפסחים דף י"ג ע"ב וברש"י שם ובש"ך יו"ד סימן קל"ו סמך על האי סברא וכתב שהוא ברור ואמת לענין שערות הכלות כיון דנהוג שלא לגלח עד אחר בעילה לא הוי חציצה בשעת טבילה דלא אמרינן כל העומד לקלוץ כקלוץ דמי כיון דמחוסר מעשה בעילה בין טבילה לקבילה עיי"ש ואף דתוספת במרובה כתבו דר"א ס"ל הכי ובמסקנא דש"ס לא ס"ל הכי י"ל דשאני קבלת דם בכוס דמעשה זוטא הוא ול"ח מחוסר מעשה וכה"ג כתב ב"מ לקמן סימן קכ"ג סס"א ולפיכך לדינא כתבו תוס' דא"ח על בת ארוסתו כיון דלדידן מחוסר חופה ואין בדעתו לעשות איסור ולבסוף דכתבו אף דלא תגלה כתב בקידושין תליא היינו דכונת הכתוב רק על קידושין כיון דמה"ת א"ל חופה ועתוס' זבחים דף ל"ד ע"ב בד"ה כל שבידו.

אך לפימ"ש תוס' בפ"ק דפסחים י"ג ב' בד"ה כל העומד לזרוק כזרוק דמי לחלק דהיכא דנשפך הדם אף דא"א לזרוק עוד מ"מ מעיקרא היה עומד לזרוק וכזרוק דמי אבל אם זרק דמן שלא לשמן איגלייא מלתא דל"ה כזרוק כיון דעקר מלשמן עיי"ש לפ"ז י"ל ה"נ אחר שבא על בת ארוסתו דתו א"א לבעול ארוסתו דלא תגלה ערות אשה ובתה א"כ עקר בידים שלא תהא עומד לבעילה ואגלאי למפרע דל"ח עומד לבעילה ול"ל לפ"ז דמ"מ בנכנסה לחופה חשובה שאר אף בלא טעם דכל העומד ומ"ש תוס' לבסוף בקידושין תליא היינו בחופה ע"י קידושין דחופה בלא קידושין אינו קונה כלל וכדאמרינן בפ"ק דקידושין דף ה' ע"ב ולפ"ז י"ל קושית הב"מ מיבמות דף י"ז ב' ש"י שמתה ומותר באמה משום דזיקה לא אלימא למהוי כארוסה והא ודאי דזיקה אין עושה כישואין כדמוכח בדף כ"ט ע"ב וא"כ אפילו יש זיקה בארוסה מה בכך עיי"ש ולפימ"ש יש חילוק בין בא על אמה בחיי ארוסתו דעקר מלבוא תו על ארוסתו ולא חשובה ארוסתו עומד לביאה גם כשנאמר דאיסור דרבנן חשוב ראוי מדאורייתא אבל בש"י שמתה הוי כנשפך הדם דאלו היתה קיימת היה מייבמה ולא היה בא על אמה.

והנה ברש"י דף י"ז שם פירש תחלה אהא דאמר ש"מ ס"ל לרב אין זיקה דאם יש זיקה הוי כארוסה ואסור באמה והדר כשאמר הש"ס אי אמר רב אין זיקה ה"א ה"מ בתרי אבל בחד יש זיקה פרש"י אבל בחד יש זיקה והוי ככנוסה ולפימ"ש י"ל דארוסה הנ"ל דמותר באמה דלא תגלה כתיב רק משום דעומדת לגלות ערותה אסורה ואף דאסור לבוא על ארוסה בלא חופה היינו רק מדרבנן אבל מדאורייתא ראויה לביאה מיד ואין בעילה מעכבת כדקי"ל כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת אך כ"ז לס"ד דלא ידע לחלק בין חד יבם לתרי אבל למאי דמסיק דיש לחלק בין תרי לחד ס"ל לרש"י דע"כ זיקה רק דרבנן וכבר נחלקו ר"ח וש"פ אי זיקה דרבנן או מדאורייתא יש זיקה כדאיתא בח"כ שם דף כ"ז ע"ב וגם הריטב"א בדף י"ח מספ"ל וס"ל לרש"י דזה תליא אם גם בתרי יש זיקה דאם יש זיקה מדאורייתא ע"כ גם בתרי הוא דנהי דעכשיו לא נתברר מי ייבמה מ"מ אף כשייבמנה אחד הא קי"ל א"ב והוי ספק דאורייתא ומעיקרא לתרווייהו זקוקה אבל אם רק בחד יש זיקה עכצ"ל דרק מדרבנן יש זיקה ואת"ל דזיקה אינה רק כארוסה ל"ל כיון דראוי לבעילה הוי כבא עליה דהא מדרבנן צריכה קידושין וחופה כדאיתא לקמן סימן קס"ו ס"ב וא"כ למה אסור באמה הא לא תגלה כתיב וממ"כ מדאורייתא אין זיקה כלל אפילו כארוסה ומדרבנן אינה ראויה לביאה לפני קידושין וחופה ולא חשובה עומדת לכך כיון דלפני ביאה מחוסר קידושין וחופה לכן עכצ"ל דזיקה עשאוה רבנן ככנוסה ולכן אסור באמה אף דעדיין אינה ראויה לביאה ועיין במלא הרועים באות אלף הובא שם מכמה מקומות דאיסור דרבנן חשוב ראוי מדאוריתא ויש הרבה דעות בזה עיי"ש ועיין בסוטה פרק מש"ח מלחמה דמ"ג ע"ב דחמשה אין מת אחד מהם במלחמה דכולן חוזרין משום דכל חד וחד קרינן ביה אשתו ופרש"י שמא לזה תתייבם הרי בדאורייתא אין לחלק בין תרי לחד.

וצל"ע אם יש זיקה רק דרבנן לפימ"ש בח"כ דף ל"ח ע"ב דחמותו לאחר מיתת אשתו לית בה רק איסורא בעלמא משום ארור שוכב עם חותנתו אבל בת אשתו לאחר מיתת אשתו היא בכרת ומבואר במל"מ פ"א מהי"ע ה"ז דהא דאמרינן ביבמות דף ק"ט מ"ל איסור לאו מ"ל איסור כרת לענין גזרה דוקא בלאו שיש בו מלקות עיי"ש א"כ למה אמר רב ש"י שמתה מותר באמה דקמ"ל דאין זיקה הנ"ל יותר רבותא ש"י שמתה מותר בבתה ואם נימא דלא מתיר רק באמה משום דרק איסורא בעלמא גם באשתו לא גזרו בזיקה א"כ מנ"ל לש"ס לומר דס"ל לרב אין זיקה הא י"ל שפיר מודה דיש זיקה מדרבנן היכא דבאשתו יש לאו או כרת גזרו גם בזיקה משא"כ בחמותו.

ודע דמ"ש תוספת דאימא נכנסה לחופה ולא נבעלה מותר לגלות ערות האחרת היינו בלא קידושין אבל לקדש יש איסור אחר קידושי ראשונה דהא כתיב בפרשת אחרי ואשה אל אחותה לא תקח ופי' רש"י שם שתיהן כאחת והא א"א בביאה הרי דאסור לקדש וכן הוא בפרק האומר דף ס"ז ע"ב דלא תקח היינו לקדשה לכתחלה וילפינן התם בהיקשא לכל עריות וגם כתיב ערות אשה ובתה לא תגלה את בת בנה ואת בת בתה לא תקח ופרש"י לא אסר הכתוב אלא ע"י נשואי ראשונה לכך נאמר לא תקח לשון קיחה וזה ודאי דפשטיה דקרא לא תקח קאי אשניה ואסר הכתוב לקדש וכ"ש אמה ובתה וכמ"ש כה"ג ברמב"ם הא"ב ה"ו ולפ"ז נדחה ראיות הפ"ת כאן מנזיר דף י"ב דהאומר לשלוחו לא וקדש לי אשה סתם אסור בכל הנשים דשמא השליח קידש אמה או בתה ולפימ"ש זה ודאי אסור אך אם בא על אמה או בתה י"ל דאין בו חיוב כרת מאחר שלא גלה ערות הראשונה דלא תגלה כתיב ולפימ"ש לעיל דאם מתה הראשונה חמיר מבא על השניה בלא"ה א"ש דבנזיר חיישינן שמא מתה הראשונה דהא אפי' בתר רובא לא אזלינן התם משום קנסא כמ"ש תוספת שם ודע מ"ש תוספת לס"ד דנכנסה לחופה ולא נבעלה מותר לגלות ערות האחרת היינו דאין בה איסור

איסור משום אשה ובתה אבל יש איסור פנויה לפוסקים דפנויה בלאו או עכ"פ איסור דרבנן דגם לס"ד דתוספת אם אחר קידושי האם או בתה קידש השניה או קדשן בב"א לא תפסי קידושין בשניה בזא"ז או בשתיהן בב"א דהא ילפינן בקידושין מאשה אל אחותה לא תקח דאין קידושין תופסין בב"א ובזא"ז וכן כתיב ערות אשה ובתה ל"ת את ב"ב ואת בת בתה לא תקח והיינו נמי דלא תפסי קידושין בב"א או בזא"ז וכ"כ במקנה שם דף כו"ן ע"ב ותוס' לא דנו רק אי חייב בביאת שניה אחר קידושי ראשונה ומיושב בזה גם ראיה שניה דהפ"ת מהא דהמקדש אשה ובתה ומה שהקשה ומאמר שם דף כ"א דבאחת מאשה ובתה הוי קידושין שאינה מסורה לביאה י"ל כיון דאי"י איזה מקודשת אינו יכול לקדש מעתה שום אחת מהן וא"כ אסור לבוא על כל אחת ואחת מחמת איסור פנויה ומחמת הקידושין גרע כמו עיי"ש בתוספת דף כ"א ע"א.

סכ"ד ב"ש סקה"י ואם נשא שניה ע"פ אונס וכו' וכתב הב"מ במה איירי אם באנס שאנס בכיהם באונס מיהה ליטא זא"ז תמה אני אם יש מקים לקידושין ולנשואין אלו להול אף להלריכה גט וק"ו הוא מנה דקי"ל בסימן מ"ב דאנס אשה וקדשה א"ל גט מפני דעביד שלא כהוגן עיי"ש וכ"ל כיון דמדינא הוי קידושין רק מתק"א אפקיענהו יש לחלק דלא תקנו רק בשכיח קלת משא"כ שלא להכאת עלמו לאנס שניהן דזה רק להכשיל הא כתבו תוס' בפ"ק דע"ז דף י"ב בד"ה ושדי נכרי נבלה בקדרה דבאנס כדי להכשיל את ישראל לא חיישינן וא"כ אין לנו רק מה דאיתמר יהדיא שתקנו להפקיע הקידושין וזה דבר מבואר בהרבה פוסקים דלא אמרינן לאפקיענהו לקידושין רק היכא דאתמר בש"ס להדיא קבלם ביד מלאכי בלוה א' ק"ו כאן דאיכא טעמא רבה לחלק דאם האיש אנס האשה וקדשה אם לא נפקיע הקידושין יהא שכיח הרבה ואשו לתקנת בנות ישראל משא"כ לאנס שכיהם לא חשו כיון דלית לאנס הנאה בזה וממילא כדחה נמי מ"ש הב"מ דכן מוכח בתוס' גיטין פ"ב ע"ב ד"ה שרא דמסייעי דנשואין א"א בעל כרחה דס"ל דגם בשכיהם אנוסים א"א דאל"ה עדיין היה לחוש שמא יאנס תרוייהו ולפימ"ש א"ש דלא חשו לאנס שלא להנאתו דזה ק"ו מהא דאמר בדף פ"ד ע"מ שלא תבעלי לאבא דל"ח שמא תבעל.

ובדרישת אכי הביא ראיה מרמב"ם פ"ו מיבום ה"י דאסרו לייבם א"ל ושניות גזרה משום ביאה שניה הרי אף דביאה ראשונה בהיתר ע"י נשואין ביאה שניה אסורה אף דתוס' ביבמות דף כף ע"ב חלקו בין הא דנשאה קודם שנתמנה שיכול לקיימה משום דנשאה בהיתר בלא שום דחיית איסור ומ"מ ה"כ דיעבור וא"י נמי מטעם דהיה הוא דפ"כ דוחה לאיסורא ע"כ נראה לאחר שעבר האונס לריך לגרשה את"ד וכ"ל דאינו ראיה די"ל באונס דל"ש ל"ג וכ"ש אונס כי האי דאין האנס נהנה אף שכתבו תוס' בפ"ק דשבת דף י"ד ע"ב כיון דגזרו בשכיח לא פלוג אף בל"ש שאני הכא דהא במידי דשכיח אסרו שניות ובאונס מיתה דלא שכיח הניחו שיעבור וא"י וכיון דאיפלג איפלג ומהיכי תיתי לומר דגזרו שיהא איסור רק דחויה מפני פ"נ.

ולענין אם כבר נשא אשת אחיו עיין בשו"ת ד"ח ח"ב בא"ע ס"ג דהשואל כתב שדבר שאסור מפני מ"ע מותר בדיעבד וכתב הד"ח שכן מבואר במגא"א בדים הלכות שבת וכונתו למ"ש המגא"א ק"ש רמ"ג בשם הב"ח דאם עבר והשכיר המרחץ לשנה דאינו אסור אלא משום מ"ע בדיעבד שכרו מותר ול"כ דשא"ה דהמ"ע בשעת מלאכת המרחץ בשבת דיאמרו דהגוי שכיר אלל הישראל ליום ועושה המלאכה בשביל ישראל אבל בשעת קבלת השכירות מן הגוי ליכא מ"ע דאדרבה הרי רואין דגוים משלם לו שכירות בעד המרחץ משא"כ כאן דכל זמן דדייר עם אשת אחיו יש מ"ע דישבו דדייר עם אחוהו ועיינתי אח"כ בב"ח שם וראיתי שכתב דאם עבר והשכירו שכרו מותר דעבדיה לאיסורא עכ"ל הרי משום דעבדיה לאיסורא כבר ורא"ה משם להיפך.

סכ"ז והלכה למדינה אחרת כתב ב"ש סק"כ דבמקום שהדר"ג אין עא"כ שמתה אשתו ועיין מה שכתבתי לקמן סימן י"ז סל"ט הוכחה מירושלמי רפ"ג דיומא דבמלתא דעל"ג כאמן ע"א באיסורין אף דאיתחזיק איסורא וכאן נמי חשוב על"ג כמ"ש רמב"ם פי"ג מהלכות גירושין.

ס"ל כאשרה לקרוביו בטו"ז הבין דמיירי הרא"ש שאמר קדשני אחר שנשאת לזה והאיך נאמנת להפקיע עלמה מיד בעלה זה כדאיתא בפ"ק דקידושין די"ב ונראה משום דכבר ילא ערעור שקדשה ראשון הוי כרגל"ד וכ"כ בדרישת אני וד"מ לקמן בס"ם מ"ו ועיין בעס"מ פ"ט מה"א הט"ו.

תו תמה הטו"ז א"כ אפילו אמרה קדשני סתם אמאי לא כימא דודאי כדין קידושין אמרה דהיינו בפני עדים דאפילו אומרת בפני עדים אכתי כימא שמא לא היה ש"פ א"ו מסתמא כדין קידושין אמרה ובדרישת אני תמה הא קי"ל לקמן סימן ל"א דחיישינן שמא ש"פ במדי ואפילו בדבר שאינו מתקיים לדעת הרא"ש וכ"ל לפימ"ש הרא"ה בבד"ה בשער התערובות דהיכא דאין האיסור רק מדרבנן לאו כ"כ לשויה אנפשיה חתיכה דאיסורא לאסרה עליו עיי"ש ה"כ לא מהימנא לשאנה"ד כיון דפחות מש"פ רק מדרבנן חיישינן שמא ש"פ במדי כדאיתא לקמן סימן ל"א ושפיר הקשה הטו"ז ואני תמה דהא מבואר בחו"מ סימן סמך ס"ו בהג"ה דכל האומר נתתי לפלוני כו"כ הוי הודאות בע"ד כמאה עדים דמי ואין מדקדקין כילד נתן ומאחר שהודה אמרינן בודאי נתן באופן המועיל ואיתא בטור וב"ח שם שכן כמי דעת הרא"ש ואפילו הרי"ף בחולק י"ל משום דנתתי תרי לשונות משמע דמשמע שכבר נתן והוי הודאה ומשמע נמי שנותן עכשיו להבא ול"ה הודאה וכ"כ בגד"ת שער ס"ד ח"ב וא"כ ה"נ הל"ל כיון שהודית שנתקדשה בודאי כונתה באופן המועיל.

ונראה לפימ"ש הנמ"י בפחז"ה אהא דקשתא בעילותא דאף די"ל מגו דלקוח לאו מפיו אנו חיין כ"כ להאמינו דדל בו המוכר חד יומא עד שנברר עוד ספק אחד מדעתינו לומר שהמוכר לקחה מן המערער עיי"ש וה"כ מה שנאמנת לשויה את עלמה חתיכה דאיסורא רק משום אומדנא קלת ומחמת הערעור לא מפיה אנו חיין להאמינה כל כך לקיים דבריה ולברר עוד ספק אחד מדעתינו לומר דודאי נתקדשה בפני עדים באופן המועיל דהא מבואר בשו"ת הרא"ש שם דהוטל חרם על כל מי שיודע שהיה ביניהם קידושין שיעיד בפני ב"ד ולא בא שום עדות על זה א"כ כשנאמר דכונתה שנתקדשה בפני עדים והלכו למדה"י והרי מבואר בחו"מ סימן עין דכשא"ל המלוה אל תפרעני אלא בפני עדים וא"כ אמר הלוה פרעתיך בפני עדים ומתו או הלכו למדה"י אינו

אינו כאמן כיון דלא מייחד עדים מוכחא מלתא דמשקר עיי״ש בש״ך סקי״ג א״כ מסתיין להאמינה כשאמרה בפירש נתקדשתי בפני עדים משום דשאכא״ד ולא לומר מדעתינו דכונתה שנתקדשה בפני עדים והלכו למדה״י ואדרבה כיון דנתקדשה שלא בפני עדים ולא מסקרא משא״כ כשפירשה שהיו עדים אין לתלות שלא היה ש״פ כיון דאדם יודע שאין קידושין בפחות מש״פ כדאיתא בפ״ק דב״מ ודאי היה באופן המועיל ומ״מ יותר כראין דברי הב״ש דמיירי דאמרה כן טרם שנתקדשה לקרובי ראשון דשאכא״ד כיון דאז לא היתה מפקעת עלמה מבעלה והא דאם אמרה קדשני סתם לא אמרינן דכונתה שקידשה באופן המועיל בפני עדים והלכו למדה״י כמו בחו״מ סימן סמך הנ״ל דשא״ה דליכא הוכחה להיפך משא״כ כאן כיון דלא מייחדה העדים מוכח מלתא דלא היו עדים וכאלו אכן שהדי דודאי כך היה מדמוליאין ממון ע״י סברא זאת בהא דחו״מ סימן עין א״כ יותר י״ל כונתה שנתקדשה בלא עדים ועיין נתיבות סימן סמך ס״ק ע״ו ובטו״ז על חו״מ סימן קל״ח דכל היכא דאפשר לדחוק לפרש כונתו באופן שלא יהא הודאתו מוכחש מעדים מפרשינן וראיה לזה מקידושין דף ס״ה אהא דהאומר לאשה קדשתיך הוא אסור בקרובתיה דמוקו לה כגון דאמר קידשתיך בפני פו״פ והלכו למדה״י ולא אמר משום דודאי היו הקידושין באופן המועיל ואפילו לא פירש בפני עדים ודאי כונתו כך ועיין חמ״ח וב״ש לקמן ריש סימן מ״ח דאי אמר סתם קדשתיך יכול לפרש דבריו שלא היו עדים והנה הרא״ש כאן לא הצריך שתפרש דבריה ל״ל משום דהלכה וכשאת אכן מפרשינן דבריה וכדאיתא כה״ג ביו״ד סימן קפ״ה ס״ג בהג״ה ולעיל סימן ז״ין בב״ש ס״ק י״א בשם רד״ך ועמ״ש שם ובישיע״ק לקמן בסמ״ח ססק״א כתב דהיכא שמתרץ דבריו ואומר שקידשה בלי עדים אף שהוא תירץ דחוק כיון דמסייע לה חזקה דאין אדם מעיזה פניה בפני בעלה מהני עיי״ש והרי בתשובת הרא״ש לא התנה דדוקא שנתקדשה בפני בעלה או בעיר שיושב בעלה ומשמע כמי אפי׳ אינו בחיים כלל וכן סתם פה בש״ע אע״כ מטעם שכתבתי.

סימן ט״ז

ס״ג שפחה וכו׳ כתב הרמב״ם פי״ב מהא״ב הבא על השפחה מכין אותו מ״מ מד״ס אל יהי עון זה קל בעיניך מפני שאין בו מלקות מה״ת שגם זה גורם לבן לסור מאחרי ד׳ שהבן מן השפחה הוא עבד ואינו מישראל ונמצא גורם לזרע הקדש להתחלל עכ״ל וכתב רשד״ס בחיו״ד סימן קל״ו דלרמב״ם אין שפחה אסורה אלא מד״ס הובא במל״מ פ״ג מעבדים והקשה מב״ק פרק המניח דכ״ח דאיתא שם מכין לכנען שכלו לו ימיו ורבו מסרב בו לצאת ועשה בו חבורה שהוא פטור ת״ל ל״ת כפר לשוב ל״ת כפר לבא ומוקים לה רבנ״י בע״ע שמסר לו שפחה כנענית ועד האידנא התירא והשתא אסורה ואם שפחה מותרת מן התורה היכא ממעטינן מקרא שאם חבל בו פטור מפני שמפרישו מאיסור הלא מן התורה אין איסור עכ״ל והוא קו״ע וכ״ל כיון דגורם לבן לסור וכו׳ ראוי היה לאסור מה״ת אלא די״ל דזה תליא אי גורם לממון כמ״ד ודעת בע״ת ורא״ב״ד דגלמכמ״ד ודד״ג הכל אחד וש״ך בחו״מ סימן שפ״ו כתב דאכן לא קי״ל כר״ש דגורם לממון כממון דמי כמו שפסק הרמב״ם ריש פ״ב מגנבה ומ״מ קי״ל דיכא דגרמי ומתקנת חכמים עיי״ש ססק״א וסקי״י והנה דרש זה לא תקחו כופר לשב הוא בפ׳ משעי ואיתא בסנהדרין דף פ״ו סתם ספרי ר״ש פרש״י ספר וידבר ומשנה תורה וא״כ לר״ש ודאי אסור מן התורה משום דגורם ואכן לא קי״ל כר״ש וגרמי רק מדרבנן.

ואם הך דרשה איכא בספרי מאחר שלא כמלא בספרי שבידינו י״ל כיון דהעבד אינו מיכוין להוליד בנים רק מאהבתו אותה וגם אינו פ״ר שיוליד ופליגי תנאי ר״י ור״ש ואכן קי״ל דשא״נ ואינו פ״ר לא אסרה תורה לכן אינו רק מד״ס והך דישה כמ״ד דשא״נ אסור מה״ת עכ״פ בשאר איסורין ועתוס׳ בפ׳ כירה דף מ״א ע״ב בד״ה מיחם וא״ל א״כ למה כתב הרמב״ם פט״ו מהא״ב פ״ד דהתירו לממזר לישא שפחה כדי לטהר את בניו שהרי הוא משחרר אותם וכמלאו ב״ח ולא גזרו על השפחה לממזר מפני תקנת הבנים עכ״ל והא התם מיכוין להוליד ואסור מן התורה די״ל כיון דמיכוין לשחררם ולא יסורו מאחרי ד׳ ולא יהיו מחוללים וגם מדרבנן הל״ל דמותר אלא דלא חלקו חכז״ל בגזרתם רק משום תקנת הבנים ולפי״ז י״ל אפילו אתיא הך ברייתא כהלכתא דדשא״ת מותר מ״מ בשלמא הישראל גופא כשאינו מיכוין להוליד מותר אבל רבו אם ירלה לחוש לו שמא יכוין לפעמים גם להוליד ואזי אף דמיכוין גם להנאתו הוי מתכוין כדאיתא בר״ן בשבת ס״פ האורג עיים״ה א״כ הרב מיכוין להפרישו מאיסורא דאורייתא ומהרא״ם בתשובה פ״ו הקשה מה פריך הש״ס לר״י דאוסר למיעבד דיכא לכפסיה מהך ברייתא הא גם לר״כ דמתיר קשה דהא ר״כ מתיר לכתחלה וברייתא תני רק פטור משמע לכתחלה אסור עיי״ש וזה י״ל דבלא״ה כתב הלח״ס פ״ג מה״ע דמקשה הש״ס גם לר״כ דגם ר״כ לא מתיר אלא במקום פסידא אלא דר״כ ס״ל אף דיכול לילך לב״ד ולא יהא לו פסידא בעיכובו מותר ובהא דרבו מסרב בו ליכא פסידא כלל עיי״ש אך מ״מ קשה לפי מה דמתרץ בעבד גנב או דמסר לו שפחה ומפרישו מאיסור למה קתני פטור הלא גם לכתחלה מותר ולאפרושי מאיסורא מחויב ולתירץ דהוסם שיגנוב י״ל כיון דאינו ודאי שיגנוב ואפשר ישמרנו בעליו לכן לכתחלה אסור לסבול בו מספק אבל לתירץ דמסר לו שפחה קשה ולפימ״ש א״ש דג״כ אינו רק חשש דמה אם ירלה העבד שלא יכוין להוליד ליכא איסורא לכן רק בדיעבד פטור דשמא לולא דהפרישו היה מיכוין להוליד והיה עושה איסור והרב הפרישו מאיסור ומספקא לא מפקינן ממונא וגם למ״ד דשא״נ אסור אף דל״ה פ״ר מ״מ אם תשמש במוך ולא תתעבר כדאיתא בפ״ק דיבמות דף י״ב ע״ב ליכא איסורא מדאורייתא לכן לכתחלה אסור לחבול בו רק בדיעבד פטור משום דשמא לא היה מסמשת במוך והוי אפרושי מאיסורא וזה נכון יותר דמסתמא אין כונתו להוליד כיון דלא לו יהיה הזרע דהאשה וילדיה תהיה לאדוניה.

עוד הקשה המל״מ שם מפ״ק דקידושין דכ״א דאמר שם דחדוש הוא מה דמוסר לו ש״כ ואם מה״ת גם באינו עבד מותר מאי חידושיה עיי״ש ולפימ״ש דהסיתר הוא משום דאינו מתכוין להוליד ול״ה פ״ר א״כ תיכח הע״ע עלמו אבל רבו מוסר לו ש״כ כדי להוליד ומתכוין לאיסורא וכהי דאיתא בפ״ב דקידושין דף מ״ג בהומר לשלוחו בעול הערוה גם לשמאי דס״ל ישלד״ע פטור דלא מליכו בכה״ת זה נהנה וזה מתחייב היינו חיוב בד״א לא מליכו אבל בד״ש

חייב

חייב כדאיתא התם לנ״ד אשלד״ע דעכ״פ בדיני זוטא לכ״ע חייב משום דגורם תדע דאלת״ה למה הולרך לומר שם אם תימלי לומר דלשמאי חייב בד״א דיש שלד״ע מ״מ בלא בעול הערוה פטור דלא כ״מ לדידן דקי״ל אשלד״ע הנ״ל לענין דיני שמים דכ״מ לכ״ע אע״כ דבהא חייב מד״ש וכ״ש דמוכר לו ש״כ בע״כ והכאתו דרב שיוליד לו עבדים לכן הוי חדוש ואי דא״כ מאי ראייתו דרמב״ם בפי״ב מהא״ב דאין בו איסור תורה ומדהותרה לע״ע ש״כ הא אזינן דהותר גם לרבו למסור לו אף דהיה בדין להסר מד״ם י״ל כמ״ש רשד״ם שם דכונת הרמב״ם מדמלינו דהתירה תורה למסור לע״ע ש״כ ולא התירה למסור לאמה העבריה ע״כ עיי״ש ה״כ הוכחות הרמב״ם דאם גם ישראל הבא על ש״כ אסיר מה״ת למה כשתנה תאמה העבריה אע״כ דהעבד אינו עושה איסור תורה אפי׳ לא יהא עבד ולא התירה התורה רק לרבו הד״ש.

ובזה מתורץ נמי קושית המל״מ שם מפ״ק דקידושין דע״ו דאמר מוכר עלמו אין רבו מוסר לו ש״כ שנאמר אם אדוניו יתן לו אשה ולא למוכר עלמו ואידך לו בע״כ ואידך מכי תפנה בכר שכיר נפקא ולמה לי לימוד על בע״כ הא לרמב״ם ליכא איסור בע״כ וע״כ דאם אדוניו יתן בא לומר שיכול לכופו ולפימ״ש לק״מ דלולא דמפורש הסיתר היה אסור לרבו ליתן לו ש״כ להוליד אף דהע״ע בעלמו אינו מתכוין להוליד אך לא הבנתי קושית המל״מ דפסוק אם אדוניו יתן לו אשה לא בא ללמד דיכול למסור לו אשה אלא ללמד דהאשה וילדיה תהיה לאדוניה ובעל כרחו לא ידענו עדיין תדע דהא לראב״י דדרש בפ״ק דקידושין ד״כ אם בגפו יבא יהודי בגפו ילא יהודי דאם לא היה לו אשה ובנים אין רבו מוסר לו ש״כ ממילא משמע דאם היה לו אשה ובנים רבו מוסר לו ש״כ ולמאי לריך עוד אם אדוניו יתן לו אשה אע״כ ללמד דהאשה וילדיה תהיה לאדוניה אלא דל״ע פרש״י במשפטים דעל פסוק אם בגפו יבא פירש מגיד אם לא היה נשוי מתחלה אין רבו מוסר לו ש״כ להוליד ממנה עבדים ומיד על פסוק דאם אדוניו יתן לו אשה פרש״י מכאן שהרשות ביד רבו למסור לו ש״כ להוליד ממנה עבדים והא תו למ״ל דכבר ידענו זה מאם בגפו אלא ל״ל דמאם גפו יבא לא כשמע רק בנשוי רשאי למסור לו ש״כ כתם ולא בכונה כהוליד עבדים דאז מיכוין לאיסורא קמ״ל אם אדוניו יתן לו אשה דרשות בידו אף כשמכוין להוליד לו עבדים ויליף לה מדהוה מ״ל אם מאדוניו לו אשה ע״כ יתן ללמד על זה אם אדוניו רולה יתן לו אשה שתלד לו עבדים ולהכי הלריך רש״י להוליד לו עבדים דבשלמא על פסוק בגפו ילא הלריך רש״י דלא כימא כר״י במכילתא דבגפו ילא רבות דקמ״ל הכתוב דאין רבו מחויב ליתן לו ש״כ לכן פרש״י אפילו רבו רולה לטובת עלמו להוליד לו עבדים אינו רשאי אבל בפסוק אם אדוניו יתן לו אשה דפרש״י שהרשות ביד רבו אל״ל עוד להוליד ממנה עבדים ולפימ״ש א״ש.

בקה״י בתוד״ר אות עין סימן ר״כ הקשה מגיטין דף מ״ס אהא דעבד שהשיאו רבו ב״ח ילא לחירות מהכותב בטר אירוסין לשפחתו דחכ״א א״מ דמי איכא מידי דלעבדיה לא מעבד ליה איסורא ואיהו עביד איסורא ואם נושא שפחה רק מדרבנן אסור כימא שאני דלעבדיה לא מעבד איסורא דאורייתי׳ משא״כ נושא שפחתו דהא כתב הה״מ בפ״א מה״א דלאו כ״ע זהירי באיסור דרבנן ונראה לפימ״ש בשו״ת אמונת שמואל שאלה כ״ד דמידי דשרי לדידי׳ ואסור לאחר ליכא משום לפ״ע ול״ד למושיט יין לנזיר דתורה אסרה עליו כשיהיה נזיר וכ״ד ב״ח ופריסה ועו״ז ביו״ד סימן ס״ב ועיי״ש ביד אברהם וכהי דלפע״ד מ״מ השוב גורם וכבולא את הבערה ביד חש״ו מ״מ הא קי״ל דד״ג רק מדרבנן וא״כ שפיר פריך מי איכא מידי דלעבדיה לא מעבד איסורא אף דרבו אינו עושה איסור דאורייתא ואיהו עביד איסורא לישא שפחתו בעלמו.

עוד הקשה בקה״י שם מגיטין דמ״א דמי שחליו עבד וחליו ב״ח כופין את רבו ועושה אותו ב״ח משום דלא תהו בראה לשבת יצרה והא המשחרר עבדו עובר בעשה דלעולם בהם תעבודו ומוטב היה להתירו בשפחה דאיסורו רק מדרבנן מלהתיר לו איסור עשה עיי״ש וי״ל דאמז״ל בנזיר דכ״ג ע״ב גדולה עבירה לשמה כמלוה שלא לשמה ודכתיב תבורך מנשים באהל את חבר הקני דשבע בעילות בעל אותו רשע ופריך והא קמתהניא מעבירה עיי״ש הרי אף דגדולה עבירה לשמה כמלוה מ״מ דוקא היכא דלא מתהני מעבירה ולכן אם נתיר לו שפחה משום מלוה דלשבת מ״מ מתהני מעבירה ומגונה משא״כ כשישא ישראלית אחר שנשתחרר ורבו עושה עבירה לשמה כשמשחררו ולא מתהני מעבירה.

ועוד נהי דאם היה יכול לישא שפחה בהיתר לא היו כופין את רבו לשחררו אף דעדיין לא יקיים מלות פ״ו דולדה כמותה, ועבד אין לו חייס מ״מ יקיים שבת כל דהו כמ״ש תוס׳ שם מ״מ עכשיו דגם שבת א״י לקיים עד שנתיר לו איסור דרבנן טוב יותר לשחררו ויקיים גם מלות פ״ו.

ועוד דהמשחרר ואינו מקיים עשה דלעולם בהם תעבודו אנוס בתק״ח ואינו עובר כלל וכמ״ש כה״ג מג״א סימן תמ״ו סק״ב משא״כ אם ישא שפחה אף דאנוס משום לשבת יצרה מ״מ הרי נהנה ומבואר בא״ח סימן תע״ה כפאוהו עכו״ם ואכל מלה ילא אף דמלו״כ משום דאכל ונהנה שאני כמו דמתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה כמבואר בב״י ומג״א שם סק״ד לכן ה״כ חמיר איסור בעילה אף דאנוס מאיסור שחרור באונס דזה חשוב מתכוין וזה השחרור דאינו נהנה לא חשוב מתכוין.

ועוד לפימ״ש הרא״ש בפרק יוה״כ ס״ד בשם הר״מ דלחולה שיב״ש שוחטין בהמה בשבת ואין מאכילין אותו נבלה כמו או״כ ביו״ט דשוחטין ביו״ט דיש עשה ול״ת במלאכה ואין אוכלין אפילו עוף בלא שחיטה אפילו לנ״ד אין שחיטה לעוף מה״ת כיון שהתירה תורה או״כ ביו״ט ולחולה שיב״ש בשבת הוי כעושה בחול אבל הנבלה המאכל עלמו אסור ואריה רביע עלה עיי״ש הרי דחמיר איסור דרבנן במאכל מאיסור דאורייתא שהאיסור על קרקפתא דגברא ומלעבות דמאכל האסור הוא איסור חפלא ולא מפני שהותר לפ״כ נעשה היתר בעלם אלא כיהר לעושהו ודחויה אללו מפני הלורך אבל האיסור במקומו עומד וה״כ שחרור אינו רק אקרקפתא דגברא שלא לעשות וכשהוא ללורך מלות לשבת הותרה לו משא״כ בעילה שפחה דהיא איסור חפלא ואריא דרביע עלה אפי׳ נתיר לו יהא רק דחויה אך לרמב״ם דס״ל בהלכות שבת פ״ב ה״א דשבת דחויה אלא שכ״כ ועיי״ם בכ״מ דמדמי לה הרמב״ם לטומאה דדחויה בליבור ובעי ליז לרלויי נראה דלא ס״ל כהר״מ.

עוד הקשו קה״י שם ובנה״מ פט״ו מהא״ב לדבר מהרשד״ם בדעת הרמב״ם דישראלית לעבד אסורה

אסורה מן התורה א"כ מה פריך בס"פ האומר אי ר"ע לכתחלה קאמר מאי אמרו לר"ע טיהרת את הזכרים ולא טיהרת את הנקבות וממזרת נמי תנסיב לעבד ומאי קושיא כיון דוקא ממזר יכול לישא שפחה משום דאינו אסור ישראל כשר בשפחה רק מדרבנן לא גזרו משום תקנת הבנים אבל ממזרת לעבד דאיסורה מדאורייתא לא התירו והוא קו"ע.

ולחומר הנושא נ"ל דלפרש"י שפירש דבדיעבד שטיהר ר"ע שייך רק בעבד שדרכו לילך למקום אחר ויאמר שהוא עבד אבל אשה אין דרכה לילך למק"א ובמקומה ימחו בידה מלהנשא לעבד עיי"ש הוא פליאה נשגבה דר"ע נתן עצה מה דאפשר לתקוני מתקנינן ואטו אחריות ממזרים על ר"ע מה דלא אפשר ואדרבה כיון דממזר זכר ג"כ אסור לכתחלה יותר טוב שלא תעשה הממזרת נמי הכי ונ"ל דכונת הש"ס הכי דאמרו לר"ע טיהרת את הזכרים ולא טיהרת את הנקבות על כרחך ס"ל בולד ממזרת ישראלית שילדה מעבד כנעני הוא ממזר מן התורה היה לך לחוש לגזור בולד ממזר משפחה משום ממזרת בעבד כיון דמסברא שוין כדס"ל לר"א כמ"ש תוס' בפ"ק דיבמות דט"ז ע"ב בד"ה נכרי יטעו בקל ולכל הפחות לא הוה ליתן עצה ולפרסם הדבר וכדמצינו בכמה דוכתי הלכה ואין מורין כן בפרק א"ל כ"ח ע"ב ובמנחות ל"ו ע"ב.

ובזה נכון מה דא"ל לר"ע טיהרת את הזכרים דלפרש"י קושיתם רק על שלא טיהר את הנקבות ולפימ"ש קושיתם במנ"כ ושפיר אמרו לו לר"ע ול"ל דר"ע ס"ל כיון דגם ממזר אסור לכתחלה בשפחה רק בדיעבד לא גזרו תו אין חשש דלא שכיח כיון דאסור לכתחלה וכמ"ש הרא"ש בשילהי מס' ע"ז דאם נתבשל בכלי אב"י ליכא למגזר שמא יתירו גם כשנתבשל בב"י כיון דלכתחלה אסור לבשל גם באב"י ולהכי פריך אי אמרת לכתחלה קאמר ממזרת נמי תנסיב לעבדא ויש לגזור ואיך פרסם ר"ע עצה במה שיגרום מכשול ומתרץ דממזרת לא תועיל כלום דבנה כמוה דעבד אין לו חיים ואין לחוש דידעו דלממזר הותר רק משום תקנת הבנים אף דלא ידעו לחלק דממזרת איסורה מה"ת וממזר איסורו רק מד"ס מ"מ כיון דע"כ ידעו דיש איסור מד"ס לישראל לישא שפחה ע"כ מה דהותר לממזר רק משום תקנת הבנים דאין לחוש שיטעו דגם ישראל כשר מותר בשפחה גם מדרבנן דזה מצוי הרבה ולא ראינו מעולם שישאו זה את זה ובדבר השכיח לא ראינו ראיה כמ"ש הש"ך בחו"מ סימן ל"ז סק"ב סקל"ח ועיין לעיל סימן ט"ו ס"י דבן ישראל הבא מן השפחה מדרבנן הוי בנו ובפרק מי שהחשיך דף קכ"ד ע"ב דלא רצו חכמים לגלות דמוליכו פחות פחות מד"א דלמא אתי לאתויי ד"א בר"ה.

סימן י"ז

ס"ב א"א בריי"ו חלק חוה נכ"ב ח"ה ז"ל א"א שפשטה ידה וקבלה קידושין מאחר מקודשת וצריכה גט משני אם תשאר עם הראשון וא"ל ירצה השני לגרשה מקודשת לו ומותרת לו כי מאחר שהיה בפני בעלה והוא לא ערער הרי הוא כמו אם אמרה נתגרשתי ממנו והאשה שאמרה בפני בעלה גרשתני נאמנת עכ"ל ותמה ב"י דחזקה דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה אפילו במערער הוא וד"מ תמה איך אמר גיטו של שני מותרת לראשון ואין בזה משום מחזיר גרושתו.

ונ"ל דריי"ו ס"ל כהרמ"ה דלקמן דהאידנא דנפישי חולפא ופריצותא בעלמא איתרע חזקה דרה"מ לכן דוקא כשלא ערער הבעל דיש אומדנא דקושטא דנתגרשה ומדשתק ואח"כ ראיתי בב"מ שכ"כ והביא ראיה מן סימן קנ"ד ס"ז.

ולפ"ז י"ל נמי קושית הד"מ כיון דהאמנותה מחמת שתיקתו דהוי כהודאה הנה בחו"מ סימן פ' ס"א בהג"ה מהגמ"יי פ"ז דטוען דאם שתק יכול לחזור ולטעון ועש"ך שם ותומים שם הביא מהריטב"א דהוה ספק ובחו"מ סימן קל"ח ס"ו בבאו שנים אדוקין בטלית ושמטה האחד מיד חבירו ושתק השני אעפ"י שחזר וצווח אין מוציאין אותו מידו כיון ששתק מתחלה הר"ז כמודה לו ובס"ז בהג"ה י"א כיון שזכה הראשון משום הודאתו של זה אין האחר יכול לתקוף ממנו בלא ראיה לכן כאן א"ל ירצה שני לגרשה מותרת לו דהא כיון דקידשה בפני בעל ראשון ושתק דהוי הודאה הוחזקה מקודשת לשני ולא מועיל חזרתו דראשון להוציאה משני דהא גמרינן דבר דבר מממון דבלא דבר ברור אין מוציאין אשה מבעלה אבל כששני מגרשה ואין אנו דנין להוציאה משני רק לענין איסור מחזיר גרושתו כהי דלדידן ספק אם חזרתו דבעל ראשון אמת מ"מ הוא בעצמו טוען ברי שלא גרשה ומבואר בכתובות דכ"ב ע"ב בתרי ותרי דנשאת לאחד מעדיה אין מוציאין ממנו אף דלדידן ספק א"א היא ולאחר היא באשם תלוי מ"מ אהני ברי לגביה דאין מוציאין מידו ולא מצינו דגזרו חכז"ל בכה"ג משום דנראה כמחזיר גרושתו והוא מלתא דל"ש שתקבל קידושין בפני בעלה וישתוק ואח"כ יחזרו גם שניהם והשני שמותרת לו יתרצה לגרשה וא"ל דהיא שאנח"ד דלא מצי לאפקועי עלמא מראשון וכמ"ש הר"ן בשילהי נדרים גבי האומרת טא"ל למשנה אחרונה ואף דבפ"ק דב"מ דף ו"א משמע בשתק מתחלה ועי"ש ודאי הודאה הוי שאני התם דתחלה היו שניהם אדוקים משא"כ כשהיה תחלה ודאי רק של השותק וכמ"ש מהרי"ט בח"א סי' ק"ו וגם בשניהם אדוקים כתב המ"מ בפ"ט מטוען הי"ב דל"ה הודאה רק מספק לענין שלא להוציא מיד התוקף וכמ"ש בתומים סימן קל"ח סק"ה בשמו ודלא כמו שהבין הב"ח שם בדברי הה"מ וכן נראה מוכרח בדברי הה"מ כהבנת התומים להמעיין שם וכן הבין הראב"ד בדברי הרמב"ם שם ולכן השיג עליו והה"מ יישב דעת הרמב"ם דגם בשתק מתחלה ועי"ש לא חשוב הודאה רק שלא להוציא מיד תוקף הראשון ועמ"ש בערך ש"י סימן פ"א ס"ז ועיין רדב"ז ח"א סימן ל"ה בנידון דהתם אף דשייכא נמי הגזרה מכל מקום אין לנו לכלול בגזרה רק מה שאחז"ל בהדיא.

ולפימ"ש הפנ"י בפ"ב דכתובות דכ"ב ב' דחזקה או רובא היכא דמהני הוא רק נגד מי שאינו יודע והב"ד דנין עפ"י החזקה או רובא אבל נגד מי שטוען ברי אין ב"ד נזקקין לו לאפרושיה מאיסורא עיי"ש א"כ ה"נ נגד השני שקידשה ודאי מותרת מכח חזקה דאינה מעיזה פניה בפני בעלה וכן כשטוענת גרשתני אין הבעל יכול להכחישה להפוסקים דגם במערער הבעל האשה נאמנת ומותרת להנשא אבל כשרוצית אח"כ להשאר עם הראשון והשני שקדשה נתן לה גט דתו אין הדבר נוגע לו אין ב"ד נזקקין להפרישה מהראשון כיון דאומרים עתה ברי לנו שאין אנו עושין איסור דחזקה דאינה מעיזה ג"כ רק מכח רוב קאתי דודאי יש מיעוט דמעיזין

דמעיזין ואפ"ת דשאר חזקה דאתיא מסברא עדיף מרובא וכמ"ש תה"ד סימן ר"ז מ"מ כאן יש ריעותא דאם איתא דגפשה קלא אית ליה וכדאיתא בב"ב קל"ד והא קמן כ"פ ס"ל דל"מ החזקה ליטול הכתובה ומ"ד דנוטלת רק משום דכך כתב לה לכשתנשאי וכו'.

ואפשר מה דס"ל לר"י דמערער הבעל אין נאמנת משום דס"ל דחזקה זאת רק מכח רוב קאתיא דרובן אין מעיזין וכמו דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא ה"נ בא"א כיון דילפינן דבר דבר מממון דצריך דוקא עדים ודבר ברור וכמ"ש בחו"ד בבית הספק ס"ק ל"ד כמו דל"מ ס"ס או מגו להוציא ממון ה"נ ל"מ בדבר שבערוה דילפינן דבר דבר מממון.

ומ"ש הטו"ז ראיה מפורשת מפ"ב דכתובות דכ"ב ע"ב דאמר גירושין יכולה מכחישתו שאם יבא בעלה ויאמר לא גרשתיך תאמר גרשתני ופריך מי חליפא כ"ה והארה"מ האשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת דחזקה אינה מעיזה פניה בפני בעלה הרי בהדיא דבמקום שהיא נאמנת היינו אפי' אם הוא מכחישה עכ"ל איני רואה שום ראיה דודאי גם במכחישה שייך החזקה וכ"ש מאינו מכחישה אלא דס"ל לר"ו דמ"מ לא מועיל החזקה להתירה כשמערער והתם לא אמר דמותרת אלא דמרתתה שיבא ויכחישה ותצטרך להעיז בפניו וזה אינה יכולה והוי כמו בתרי ותרי שמכחישין עלמן במיתת בעלה עיי"ש.

אלא דק"ל מר"פ האשה שלו' דהאא דתנן בקטטה בינה לבינו אין נאמנת דה"ד קטטה שאמרה גרשתני ופריך הא אמר רפ"א דנאמנת ומאי קושיא דהא רה"מ לא אמר רק באין הבעל מערער ונראה דר"ו אזיל בשיטת אחיו של הרמ"ה הובא בריטב"א בכתובות כ"ג שלא האמינה רה"מ להנשא אלא להוציאה מרשות הבעל ושלא לדונה כמורדת וכההיא דשילהי נדרים דג' נשים יוצאות ונוטלת כתובה דלריכן גט עיי"ש והנה הא דבקטטה לא מהימנה לומר מת בעלה פרש"י שמא מחמת בשנאתו מתכוונת לאסור עלמה על בעלה וא"כ פריך שפיר דבאמרה גרשתני ליהמנה מדרה"מ וכהי דכשבעל אינו מודה אסורה להנשא מ"מ כבר יצאה מרשות בעלה ואינה כמורדת למאי כ"מ תתכוין לאסור א"ע על בעלה אבל כשהבעל אינו מערער אזי מותרת להנשא דהא ברים גיטין דפריך אמאי שליח נאמן לומר בפ"נ הא איתחזיק איסורא דא"א אין דבר שבערוה פחות משנים ומשני רוב בקיאין הן הרי דכשים רוב נאמן ע"א וה"נ כשבעל שותק דכהודאה דמיא הוי כע"א דכ"מ דע"א נאמן גם קרוב נאמן רק האשה גופה י"ל עכ"ב כמו דא"כ בבציה לומר דטהורה היא כשרולה לישאנה והיא עלמה ג"כ א"כ על עלמה דטהורה היא.

אך אפילו נאמר דשתיקת הבעל ל"ה כהודאה וכמ"ש לעיל מוהר"ט ס"ס ק"ו וכ"כ הרשב"א שבא"ז פ"ק דב"מ ד"ו דדוקא בשניהן תופסין ושמעה אחד מחברו ושתק שתיקה כהודאה אבל כשהיתה ת"י אחד לבד ותפס ממנו אחר וזה שתק לא הוי כהודאה והובא בכה"מ סימן קל"ח וה"נ עד עתה היתה מוחזקת לראשון מ"מ י"ל דמדינא סגי בחזקה דאינה מעיזה רק כשמערער הבעל יש לעז וחשו לה רבנן כובא בפ"ק דגיטין שם ובכ"ד לכן דוקא כשאינו מערער כשרואה מקבלת קידושין מאחר או אומרת לו גרשתני דתו ליכא חשש שערער אח"כ וגם כשערער לא יהא לעז כיון דשתק תחלה.

בב"י בשם א"ח דרה"מ איירי באיש ואשה דאתי מעלמא ואין עדות ברורה שהיא אשתו אלא בחזקה דאתיא חזקה בתרייתא ומבטל קמייתא דאתי דרבנן ומבטל דרבנן אבל אי ידעינן בעדות ברורה שהיא אשתו ליתא לדרה"מ והקשה ב"י דהאי חזקה לא דרבנן אלא דאורייתא דשורפין וסוקלין על החזקות ובהפלאה פ"ב דכתובות דף כ"ג ע"א הקשה דהתם מבואר באמרה גרושה אני וניסת ואח"כ באו עדים שהיתה א"א ל"ת לרב המסוכא דנאמנת לומר גרשתני עיי"ש ונראה דס"ל דחזקה דאינה מעיזה מחמת רוב היא דרובא דעלמא אין מעיזין וכתבו תוס' סוף פ"ק דב"מ כ"ף ע"ב בד"ה איסורא דלענין אשת איש החמירו דלא ניזל בתר רובא כמו בתים שאלי"ס דלא תנשא לכתחלה אעפ"י שרובן מתים עיי"ש לכן ס"ל דה"נ לא אהני חזקה דאינה מעיזה שתנשא לכתחלה משא"כ בכתובות דכבר ניסת ומה"ט גם קושית הב"ש בסק"ד לק"מ וס"ל דגם חזקה שהוחזקה בא"א רק כרוב הוא דע"ל מיעוט יזדמן שיוחזקו באיש ואשתו אף שאינה אשתו וכן מבואר בירושלמי פעי"י ה"י דמדוני הכהו חזקות דסוקלין ושורפין להא דתינוק שנמלא בכל העיסה דחכמים מטמאין משום דרוב תינוקות מטפחין בעיסה והא דקרי לה דרבנן היינו דרבנן אזלי בתר הכהו חזקות וכדאיתא האי לישנא בבכורות דף י"ט ע"ב ודף כ"ף אזלי רבנן בתר רובא ובפ"ק דחולין דף י"א מנא הא מלתא דאמרי רבנן דאזלינן בתר חזקה ומנא הא מלתא דאמרי רבנן דאזלינן בתר רובא אף דאורייי הוא ומ"מ עדים עדיפי דמפורש בתורה ורוב וחזקה כגד עדים לאו כלום והא דסוקלין על החזקות היינו מטעם שכתב הפנ"י בכתובות דף כ"ב ע"ב ובמה"ב שם סימן ע"ג משום דהתרו בו וקיבל התראה עיי"ש.

והר"ן בפרק התקבל הקשה על האומרים דרה"מ לא אמר אלא בדיעבד מהא דאיתא שם דף ס"ד בעל אומר לגירושין יהיב הגט לשליש ושליש אומר דלדידה יהיב והאשה אומרת דנתן לה שליש ואבד דאין דבר שבערוה פחות משנים ובעל לא ידע אם השליש נתן לה הגט ופריך ליהמנה לדידה מדרה"מ אחר שאמר דלא סמכינן לקולא על חזקה דשע"ס משמע דרה"מ אפילו להתירה להנשא לכתחלה ועוד בפרק האשה שלו' דף קט"ז אהא דקטטה בינה לבינו א"כ לומר מת בעלה דאמר ה"ד קטטה דא"ל גרשתני פריך ליהמנה מדרה"מ כלומר מכ"מ באמאי דאינה נאמנת לומר מת בעלי הא מהימנה במה דאמרה גרשתני עד שלא הלכו למדת"י אלמא מדרה"מ שרינן לה להנשא לכתחלה עיי"ש ובמ"ם כתיישב הכל דהא דס"ל דרה"מ רק בדיעבד היינו משום דהוחזקה דאינה מעיזה נגה רובא אתי ובאיסור א"א לא סמכינן לכתחלה ארוב כמ"ש לעיל אבל כיון דשליש ג"כ מעיד לה הרי רוב וע"א מהני כמי בדבשב"ע כדאיתא ברים גיטין דשליח נאמן לומר בפ"נ אף דהוי דבר שבערוה משום דרוב בקיאין הן וכיון דמדינא מועיל החזקה דאינה מעיזה רק דלכתחלה לא סמכינן עלה באיסור א"א א"כ עכ"פ אין לבעל שום שעבוד עליה ורש"י פירש ביבמות שם הא דבקטטה אינה נאמנת לומר מת בעלי דחיישינן שמא מחמת שנאה מתכוונת לאסור עלמה עליו וא"כ כשכבר אמרה גרשתני דאין לו שום שיעבוד עליה דמוחזקת בעלמה ואהני לה רובא מו למאי כ"מ תתכוין לאסור עלמה עליו ופריך שפיר דליהמנה כשאמרה אח"כ מת בעלי כמו בשלום בינו לבינה.

ורמיתי

וראיתי בבית יעקב על כתובות בדף כ"ג שכתב דדבר שבערוה ולא איתחזיק איסורא נאמן ע"א עם רובא או חזקה או מגו אבל באיתחזיק איסורא לא מהימן רק כשהוא בעל מעשה שנותן גט ומתירה אזי שייך חזקה דאא"ח ולא לו ולדבריו אין ראיה מפ"ק דגיטין דאמר שם דרוב בקיאין ולהכי נאמן השליח דכתב לשמה דהתם השליח בעל מעשה שנותן הגט ומתירה ובאמת בפנ"י בריש גיטין מבואר דחזקה דאא"ח שייך בכל עד ובגיטין דף ס"ז בתוס' ד"ה דבורא אמרי כתבו דמה שאומר דמיאנה או חללה חשוב מעשה גמור כיון שנגמר הדבר ע"י דבורו שע"י כך ניסת לשוק וכמו דנאמן ליתן גט ה"נ שליח שאומר שהוא מסר לה הגט הרי נגמר הדבר על ידו דניסת ע"י דבורו ואם ניחוש דשכרתו וכמ"ש בשו"ת תשב"ץ ח"ג ענין ע"ז ה"נ ניחוש בקידושין דף ס"ג בהא דנאמן ליתן גט משום חזקה דאא"ח ולא לו דשמא שכרתו לומר כי היא זה שקידשה כדי שיתן לה גט לכן נראה דלא מועיל חזקה דאא"ח ולא לו בדבר שבערוה דאין דבר שבערוה פחות משנים להוציא מחזקת א"א ובקידושין שם אינו מעיד רק שהוא קידשה וראוי הוא ליתן גט והוי גילוי מלתא בעלמא כמו ביבמות דף ל"ט ע"ב ובר"ף שם בהא דאישתמודעינהו דהדין פלוני אחוה דמיתנא מאבוה דנאמן ע"א וקרוב דגילוי מלתא בעלמא הוא דלאו אמלתא דאיסורא מסהדי ולאו אממונא מסהדי רק מגלו דהדין גברא הלו ראוי לחלוץ עיי"ש ודעת הפוסקים דאפילו בשעת מעשה נאמן והובאו בפ"ת בא"ע קס"ט סקי"א והא דשליח אומר בפ"כ עכצ"ל דס"ל להש"ס דזה ל"ה גילוי מלתא בעלמא מדפריך דאין דבר שבערוה פחות משנים וע"ע בפנ"י קידושין דף ס"ג דכתב דלכאורה היה נראה דלא שייך חזקה דאא"ח ולא לו בעד דעלמא שאינו בעל דבר רק בבעל דבר דעביד מעשה כגון התם דנותן גט להתירה לעלמא אלא דהר"ן שם כתב דלא שנא וגם בעד דעלמא יש חזקה דאא"ח ולא לו.

בב"ש סק"ב כתב לחד טעם שכתב הרמב"ם אם אומר גרשתיך שמא גט פסול היה לפ"ז אפילו אם התחילה ואמרה גרשתני והוא אומר גרשתיך עדיין יש לחוש שמא גט פסול היה ובאה"ע כתב דנעלם ממנו דברי רמב"ם פט"ז מה"א הלכה כ"ז ואיני רואה משם סתירה דהתם קאמר לענין כתובה והודאות בע"ד כמ"ע ואיהו לא טעין שגרשה בגט פסול אנן לא טענין ליה כמו בחו"מ סימן פ"א בטענת משטה ושם בסימן סמך ס"ו מאחר שהודה שנתן אמרינן ודאי נתן באופן המועיל משא"כ להתירה לעלמא דעפ"י שנים עדים יקום דבר שבערוה אלא מחמת חזקה דאינה מעיזה אנן סהדי אבל כשבעל מודה דליכא חזקה דמעיזה חיישינן דבגט פסול גרשה ואפ"ת רוב בקיאין ואין עושין גט פסול מ"מ בהצטרף למיעוט נשים דמשקרות אפילו לא יהא רק מיעוטא דמיעוטא דמעיזות ומיעוטא דמיעוטא בספרי דדייני חזי לאצטרופי כיון דלא אלים החזקה בכאן דשמא משום דמסייע לה בעל מעיזה ואי דהתחלה האשה ואמרה גרשתני ומכיון ידעה שיודה לדבריה מ"מ י"ל הוכיח סופו ע"ת ומעיקרא אינו רוצה בה והכירה בו מעיקרא משא"כ באומר ל"ג אדרבה הוכיח שע"ת דאינו רוצה לגרשה ואם באמת לא גרשה לא היתה יכולה להעיז בו ואפילו אם כבר גרשה בגט פסול מ"מ אחר שחזר בו א"י להעיז בו ובט"ז לקמן ר"ס קכ"ב כתב בשלמא כשאומר לא גרשתיך אין חשש שמא בגט פסול גרשה דא"כ היה הבעל אומר כן ולא היה מכחיש לגמרי וגם מה שכתבתי יש לו פנים דהא בפרק האומר בקידושין דף ס"ג ע"ב איתא קדשתי את בתי ובא אחד ואמר אני קדשתיה נאמן לכנוס דמרתת שיכחישו האב ואם אמרה נתקדשתי וא"י למי ובא אחד ואמר אני קדשתיה א"כ דלא מרתת מפני שהיא מחפה עליו והא התחיל הוא ומכיון ידע שתחפה עליו ע"כ דחיישינן שהכיר בה כבר וקנוניא ביניהן דעיניה נתנה בו משא"כ אביה אא"ח ולא לו ומקלקל לבתו כמ"ש הריטב"א משא"כ כאן שמא עכ"ב והבעל מחמת שנאה שביניהן יכוין לקלקלה ולכן כתב הרמב"ם שמא יתכוין לקלקלה וליכא חזקה דאא"ח ולא לו והקלקול על שני אופנים שמא בגט בטל גרשה ושמא תעיז פניה דנהי דכל חד חשש רחוק בהצטרפם יש לחוש ובש"ק פי' האשה שלו' הקשה מה פריך התם דליהמנה מדרה"נ ליימא כשהודה לה שגרשה וחשוב מ"מ קטטה דהרי בקשה להשמטת מתחתיו ולק"מ כיון דהודה תו אין לו שום שעבוד עליה ואין לחוש דמתכונת ליתסר עליו וכמ"ש לעיל.

חזקה אין אשה מעיזה פניה בפני בעלה אשה שנתקדשה קידושין גמורין וא"כ אמרה בפניו שקודם לכן נתקדשה לאחר נאמנת במגו דאי בעיא אמרה גרשתני כן נראה מתוך דברי רשד"ם סימן כ"ז וכן אחד מגדולי הדור דרשד"ם כתב כדעת רשד"ם והביא ראיה מתשובת רשב"א שבב"י ס"ס מ"ב על אחד שהוציא שטר חתום בעדים שקידש פלונית והאשה אומרת שהשטר מזויף דנאמנת במגו דאי בעי אמרה גרשתני א"ד עז"ל ואישתמיטתייהו מ"ש ריב"ש סימן קל"ג דל"ת מגו לסתור דבריו הראשונים כדאיתא פ"ב אמר עבדי וחזר ואמר בני אעפ"י דיש לו מגו דהיה נותן לו נכסיו והובא בכנה"ג בכ"מ וכתובות סימן ע"ב סק"י ס"ק ל"ד ובסימן ע"ט סק"ד ואף דכנה"ג כתב באות קל"ג דמרדכי וכ"י לא ס"ל הא דריב"ש הא בתומים בכ"מ תירץ דלא פליגי כלל עיי"ש כ"ש כאן דעשתה מעשה רב בפרהסיא לקבל קידושין משני ועדיף מאמרה רק דיבור שהוא פנויה ובא"א שקבלה קידושין מאחר הוי כאמרה גרשתני מדקבלה קידושין מאחר וה"נ כשקיבלה קידושין משני הוי כאמרה בפירש שהיא פנויה.

וגם מ"ש בדברי ריבות סימן רכ"ו דהוי מגו דהעזה אמת ומה שכתב עז"כ דהלכה רווחת דמגו דהעזה אמרינן כדאיתא בפי' חז"ה הנהו עזי דאכלי חושלא ותפסן מארי חושלא וטעין טובא דנאמן במגו דלקוחין הן בידי עיי"ש עוד ראיות כהנה אינו דומה כלל דהתם בטענת לקוחין היה נאמן מצד שמוחזק וכמלאו ברשותו ולא מטעם דאינו יכול להעיז משא"כ גרשתני דנאמנותה רק משום דאינה יכולה להעיז בפני בעלה א"כ איך נאמינה בטענה אחרת במגו דגרשתני הא אינה יכולה לומר גרשתני משום דאינה יכולה להעיז בפני בעלה ועיין ב"ש סימן פ"ה סקכ"ל והראיה מתשובת הרשב"א הנ"ל אינה ראיה דהתם גם כשטוענת מזויף ג"כ מעיזה וכמ"ש בד"ר וגם לפי מ"ש דל"ת מגו כשסותר דבריו הראשונים שא"ה דאינה סותרת דבריה.

ויש לעיין באמרה לבעלה גרשתני בפני פו"פ ובאו העדים והכחישוה ועדים אחרים אומרים שבאמת נתגרשה בפני פו"פ שאמרה ולפימ"ש תוס' במרובה דף ע"ב ב' בד"ה אין לך בו אלא חידושו דתרי עדים שמכחישים תרי עדים ראשונים לא מהימנו

במגו

במגו דפסלו קמאי בגזלונותא דמגו לא עדיף מעדים ואלו היו ארבעה מכחישין לשנים חרי כמאה ה״נ אין מגו מסייע לבתראי להכחיש קמאי עיי״ש א״כ ה״נ החזקה דאינה מעיזה לא עדיף מעדים אך בשו״ת ברכת יוסף חיו״ד ס״ב הביא מהמרדכי סוף קידושין ורא״ה ח״ב ס״א דבתרי ותרי מהני מגו של בע״ד ושאני הך דהתוס׳ דהמגו הוא מאותן העדים ונבא״כ סברא מבחוץ מהני עיי״ש ולפ״ז ה״נ מהני חזקה דאינה מעיזה ואף דעדים מסייעים לה מ״מ הרי אמרה בפני בעלה גרשתני קודם שבאו העדים וכמו שהעלו האחרונים באה״ע וב״מ דאם תחלה אמרה בפני בעלה גרשתני והודה לה בעלה שייך החזקה א״כ י״ל בעדים.

הג״ה ליטול כתובתה בשו״ת הרא״ש כמ״ג ס״ה אשה טענה שבעלה שאינו איש ועדיין הוא בתולה כאמנת כיון שמכיר בשקרה אינה מעיזה כמו בגרשתני וכופין אותו לגרש וליתן עיקר כתובתה ולא תוס׳ שלא הוסיף לה אדעתא למשקל ולמיפק ושם סימן י״ב בטוענת שאין לו גבורת אנשים נאמנת כאומרת גרשתני וכופין אותו להוציא ואין כופין ליתן לה כתובה כיון שעומד ולווה שלא גרשה וכתבו רלב״ח ונתיבות דהתשובות סותרין ובעז״נ ס״ק י״ג דבסימן ה׳ איירי שיש הוודאות שאוורת אמת.

ולי נראה בלא״ה כיון דטוענת שעדיין הוא בתולה דלפיכך אין לה ת״כ דלא היה לו חיבת ביאה ואדעתא למיסקל ולמיפק לא הוסיף א״כ רגל״ד דקושטא אמרה וכמ״ש ב״ש לעיל סימן וא״ו סי״ג ס״ק כ״ו דאשת ישראל שאמרה שזינתה ל״מ אמתלא כיון שהפסידה כתובתה ובגיטין דף כ״ד ע״ב בסופר שאמר על ס״ת שלא כתב האזכרות לשמן א״כ אבל אם אמר שלא עיבד העורות לשמן מתוך שנאמן להפסיד שכרו נאמן לפסול הס״ת וכן הוא ביו״ד סימן קכ״ז ס״ב ובתשובת חו״י סימן ק״ט אפילו יש לו רק הלק שמיני שבשמינית נאמן והובא בפ״ת שם סק״י א״כ ה״נ כיון שמפסדת ת״כ אף דנאמן בזה להוציא מידו מ״מ חזקה דאינה מעיזה עומד כנגד חזקת ממון שלו ותו אמרינן מתוך שמפסידה ת״כ ודאי קושטא וכאמנת גם להוציא משא״כ בסי״ב דאינה טוענת שעדיין בתולה היא רק אין לו ג״א וכגון שנשאה בעילה או נתקלקל אח״כ דלפי טענתה אינה מפסדת גם הת״כ וכן בגרשתני לכן א״כ להוציא כתובתה דחזקה דאינה מעיזה רק נגד רוב דאינן מעיזות.

ובפשיטות יותר י״ל לפימ״ש הרז״ה ומלחמות ורא״שונים רפ״ב דכתובות דרוב וחזקת הגוף מהני להוציא ממון לכ״ע לכן בסימן ה׳ דטוענת שעדיין בתולה היא דמסייע לה חזקת הגוף ורובן אינן מעיזות נאמנת גם להוציא ממנו הכתובה והא שכתב הרא״ש שם דנוטלת עיקר כתובה משום דכתב לה כשתנסאי לאחר תטלי מ״ש לכי היינו דלא נימא כיון דהכתובה ג״כ נתחייב לה מה שלא נטל ממנה ותק״ח הוא שלא תהא קלה בעיניו להוציאה והדר בלא כתובה בב״ז וזה לא שייך כשאינו איש לבוא עליה ועומדת להתגרש לכן כתב שכך כתב לה לכשתנסאי לאחר ולכן כתב דגם כדוכיא נוטלת אף דכדוכיא אינו בכלל מדרש כתובה כמ״ש כמ״י בהאשה שלו׳ בשם ריטב״א וכ״כ הרמב״ם רפי״ו דה״א וכתב ה״ה שכן נראה בהרבה מקומות בגמרא וכ״ד הרבה אחרונים הובאו בעז״נ שם ולפימ״ש בכדוכיא בלאו מדרש כתובה נוטלת דיש לה תרתי חזקה דאינה מעיזה וחזקת הגוף דבתולה.

ויש לעיין איך למד הרא״ש הך דינא מגרשתני הא כתב בשילהי נדרים דכ״ל טעם טוב דהלכתא כרה״מ דאפילו למשנה אחרונה היא תובעת שיגרשנה בעלה וחיישינן שמא נתנה עיניה באחר ותנשא לו אחר שיגרשנה בעלה אבל ודאי חזקה שלא תאמר לבעלה גירשתני להפקיע עלמה בטענת שקר ומחת בעלה להיותה באיסור א״א כל ימיה עכ״ל וא״כ בנידון דתשובת הרא״ש רק תובעת שיגרשנה וכראה דיש להבין דגם באוורת טמ״ל אם משקרת ובטעות יגרשנה בעלה או נכוף אותו לגרש הא אם אינה טמאה הוי גט מעושה שלא כדין ועדיין היא א״א כמקדם ודוחק לומר דהיא טועה וכסבורה דגט זה מועיל ועוד יודיעו לה הב״ד ואם שקר אמרה תחזור בה וכדאמרינן בקידושין דף ס״ג ע״ב דנאמן ליתן גט דאא״ח ולא לו ואינו נאמן לכנוס דאף דסבר דיהא נאמן לכנוס מ״מ כשאומרים לו דלא יכנוס אמרינן חזקה אא״ח ולא לו והיה חוזר בו כמ״ש הר״ן שם.

לכן נראה דכונת הרא״ש דחזקה דאינה מעיזה בפני בעלה להפקיע עלמה ומהתיו להיות באיסור א״א כל ימיה דמחמת זה הוי העזה גדולה ולכן הרא״ש במ״ש חזקה שלא תאמר לבעלה גירשתני להפקיע וכו׳ דהיה סגי לומר חזקה שלא תפקיע עלמה בטענת שקר להיותה באיסור א״א כל ימיה ולכן לא נזכר בגמרא סברא זאת דזה נכלל במה דאמר בגמרא כיון דידע בה בעלה דמשקרה חזקה דאינה מעיזה וא״כ הה״ד בטוענת שא״י לבוא עליה דידע בעלה אם משקרה יודע נמי שגם כשיתן גט בעל כרחו ותנשא לאחר תהא יושבת באיסור א״א כל ימיה.

ומה שהכריחו לרא״ש ליתן טעם מאחר שכבר הביא ראיות דהלכה כרה״מ וגם רבא אפשר דלא פליג אלא דחויא בעלמא היא משום די״ל כהי דחזקה דאין מעיזה כיון דרבא אמר זימנין דתקיף לה בעלה מעיזה יש מיעוט דמעיזה א״כ באיסור א״א לית לן למיזל לקולא להנשא לכתחלה כמו במשאל״ם דרובן למיתה וכמ״ש תוס׳ בספ״ק דב״מ דבאיסור א״א לא סמכינן ארובא לכתחלה ולפ״ז אזיל כל הראיות שהביא וכמ״ש לעיל דעל לכתחלה אין ראיות הללו מכריחין לזה אמר דהכא ודאי חזקה וכו׳ ואינו ספק כמו משאל״ם ויש לנו לומר דרבא נמי ל״פ לדינא.

ועוד כיון דספיר קאמר רה״מ חזקה דאינה מעיזה י״ל רבא לא פליג אלא דחויא בעלמא הוא דאין ראיה מהמשנה אך כמו דאין רוב מועיל לכתחלה באיסור א״א כמו משאל״ם או משום חשש לעז כמ״ש תוס׳ בב״מ שם י״ל מש״ה פליג רבא ואמר זימנין דתקיף לה בעלה דעכ״פ יזדמן ע״ל המועט לזה אמר הרא״ש דלענין חומר א״א או לעז דאינו רק אם דעתה להנשא לאחר בזה ודאי לא פליג רבא דודאי חזקה וכו׳ להיותה באיסור א״א אלא מה דדחה רבא הוא דשמא אין אומרת גרשתני רק להפקיע את עלמה משעבוד בעלה או ליטול כתובה אף דאינה תובעת הכתובה שמא מערמת דיודעת דכשנתירה להנשא מוילא יחויב לה כתובה וכיון דחזקה דאינה מעיזה ע״ל הרוב סגי לענין ממון או עכ״פ להפקיע א״ע משעבוד בעלה י״ל דלענין דינא גם רבא לא פליג והלכה כרה״מ ול״ע הא מוכרח דרבא ל״פ על רה״מ מפ״ב דכתובות ע״ב אהא דאר״י ב׳ אומרים מת וכו׳ ויש אוקימתא דאביי ושאר אמוראי ורבא מוקי לה משום דגירושין יכולה מכחישתו ופריך ומי חליפא

חליפא כולא הא' והארה"מ וכו' ומה קושיא הא רבא פליג בשילהי נדרים אדרה"מ ואי דהיה לו להוכיח מדר"י דלא כרה"מ הא איכך אמוראי מפרשי לדר"י באופן אחר אע"כ פשיטא ליה להש"ק דלדינא מודה רבא לדרה"מ.

בעז"נ שקי"ד כתב הא דאמרינן דגרשתני כאמנת דוקא דאמרה כן לבעלה בפני ב"ד דאפשר שלא בפני ב"ד מעיזה וכן נראה מדברי הריב"ש סי' קכ"ז ומרשב"ץ שבב"י סימן קכ"ד ונתיבות משפט דף רכ"ז ע"ד כ"כ בשם גדול אחד והקשה בהג"ה דעז"כ מפרק האשה שלו' דף קט"ז דהאי דתנן קטנה בינו לבינה ואמרה מת בעלי א"כ קאמר בגמרא ה"ד קטנה בינה לבינה דאמרה לבעלה גרשתני וליתמנה מדרה"מ וליתא דאמרה חוץ לב"ד ובכוב"ת חא"ע סימן ל"א הקשה ליתא שאמרה כן שלא בפני בעלה ותירץ דזה לא מיקרי קטטה בינו לבינה אלא קשה ליתא שאמרה גרשתני כשהיו חוץ לב"ד א"ו דאפילו שלא בפני ב"ד כאמנת וגם מוכח דלא כריב"ש דכתב שם אם תחלה אמרה שלא בפני בעלה א"כ אף כשאמרה אח"כ בפניו דעבידא לאחזוקי דיבורה דא"כ משכחת קטטה דמעיקרא אמרה שלא בפני בעלה ואח"כ אמרה בפני בעלה עיי"ש.

ונ"ל כיון דהקפידה המשנה שיהא הקטטה בינו לבינה עכ"ל כל שלא אמרה בפניו גרשתני דלא העיזה בפניו אין ראיה דכ"כ שנאתו עד שנחשוד אותו באומרת מת בעלה דעל"ג ואומר שהאמרת עליה בסופה א"כ ה"כ כשאמרה בפניו ושלא בפני ב"ד כיון דל"ה העזה ג"כ אינה חשודה דעדיין אין ראיה על גודל השנאה וכן בדאמרה מעיקרא שלא בפניו מה שאמרה אח"כ בפניו אינו מחמת גודל השנאה רק הוכרחה לאחזוקי דבריה וגם ל"ה העזה כ"כ דבעלה ג"כ יתלה שאומרת כן בפניו רק לאחזוקי דבריה וכן כשאומרת שלא בפני ב"ד יתלה בעלה שאינה אומרת כן בגמר דעתה דהא מה"ט כשטוען חוץ לב"ד חוזר מטענתו לומר בהיפך בפני ב"ד כדאיתא בחו"מ סימן פ' ובחו"מ סימן פ"א דאם הודה שלא בפני ב"ד י"ל משטה הייתי בך ואם הודה בפני ב"ד א"י"ל משטה ובתשובת הר"ן סימן מ"ז דאם הגיד חוץ לב"ד חוזר ומגיד בב"ד אעפ"י שמכחים דבריו הראשונים לפי שאין אדם מדקדק בדבריו במה שאומר חוץ לב"ד ועיין תוס' יבמות שם בקד"ה איכא.

איברא דמהרי"ק שע"ב כתב דלשון קטטה בינו ובינה לא משמע דוקא בפניו אך לפי דבריו שם בלא"ה לק"מ קושית הכו"ב עיי"ש.

ויש להקשות מקידושין דף ס"ג ע"ב דנאמן ליתן גט וא"כ לכנוס דחזקה א"א ולא לו וכתב הר"ן ואעפ"י שהוא ליטא אותו היה מתכוין בתחלה אפ"ה כיון שהוא רואה שאנו אוסרין אותה עליו גם איתא שלא קידשה היה מודה בדבר עכ"ל הרי דלא אמרינן עביד לאחזוקי דיבוריה ומלאתי בשעה"מ הקשה כן בפ"ע מה"א ה"ב מהריטב"א שכתב אלמלא דקושטא קאמר לא הוה מחזיק שקריה ליתן גט דשרי לה לעלמא שלא כדין עיי"ש ואין מהריטב"א ראיה דלא קאמר שהיה מודה שלא קידשה דיכול היה לאחזוקי דיבוריה שקידשה אלא שאינו רוצה ליתן גט אך מהר"ן קשה ובאמת דברי הר"ן ל"ע מי הכריחו לומר שהיה מודה ומ"מ גם מהר"ן אין קושיא על הריב"ש די"ל שאני חזקה דאינה מעיזה בפני בעלה דכיון די"ל דלאחזוקי דיבורה מעיזה בפני בעלה דכיון די"ל דלאחזוקי דיבורה מעיזה בפניו גם הבעל יתלה בזה ולא חשוב העזה כ"כ וידוכה לזכות.

ובענין חשש הריב"ש דעבידא לאחזוקי דיבורה יל"ע דמהרי"ט בחחו"מ הוכיח לענין עדות דנוגע פסול דוקא מחמת הנאת ממון אבל נוגע מחמת גנאי ל"ה נוגע ומה שפרש"י האה דפ"ב דכתובות שלשה שישבו לקיים את השטר וקרא ערעור על אחד מהם עד שלא חתמו מעידין עליו וחותם משחתמו אין מעידין עליו וחותם דנוגעים בעדות דגנאי להם שישבו עם פסול בדין הייכו משום דמחזי כנוגעים בעדותן ואתי לאפוקי לעז עליו עיי"ש הרי יש בזה חשש לעז מדרבנן ויש סעד לזה מירושלמי פ"ב דגיטין ה"א אמר בפנ"כ ובפנ"ח בע"א ואני עד שני נעשה כנוגע בעדותו ופירשו דנראה כאלו בא להעיד על חתימת השני כדי שתתקיים עדותו בהחתימת והובא בתוס' שם דע"ו ע"ב הרי דרבנן חשו לנגיעה משום כבודו ולפ"ז אין סתירה לזה ומה שהכשירו הפוסקים עדים שנטלו שכר להעיד דמחזירין השכר ומחזרין ומעידין וכן בהעידו שלא בפני בע"ד דלענין עדות ממון דלא שייך לעז לא פסלו וגם כל זה לכתחלה דלא תנשא משום חשש לעז ומפרש כאן דבעל מכחישה י"ל חשש לעז דיאמרו דלהחזיק דבריה חזרה ואמרה בפניו גרשתני וא"כ כבר אינה משועבדת לבעלה בשום דבר דלענין זה הוי רק כממון דמדינא לא חיישינן ומיושב קושיות הכו"ב מיבמות שם דלוקמא דאמרה תחלה גרשתני שלא בפניו והדר אמרה בפניו דלא מהימנא דזה אינו דהא החשש בקטטה דא"כ לומר מת בעלי שמא מתכונת מחמת שנאה שתתסר עליו ובזה דכבר אינה משועבדת לו ואין דינה כמורדת למאי כ"מ תעשה הרעה הגדולה הזאת איסור א"א.

ולפ"ז מ"ש הרשב"א סימן אלף רכ"ג בראובן שקידש אשה ובא אחר וקדשה שלא בפניו דאם עכשיו אומרת בפני ראובן שגרשה אסורה עליו דלא תלינן באחזוקי דבורה כדאמרינן בפ"ב דכתובות דף כ"ב דבאמרה שלא בפניו דגרשה דלא מרתתא שמא יבא בעלה ויכחישה ופריך הארה"מ דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה הרי דלא עשויה להחזיק דבריה להחליף פניה בפניו עיי"ש לק"מ מכל זה דרשב"א כמי לא אמר רק דאסורה על הראשון דזה ודאי מדינא תדע דהל"ל יותר דמותרת לשני א"ו דזה לא התיר הרשב"א וראייתו מפ"ב דכתובות ג"כ אינו רק לענין דמדינא גם כה"ג אינה מעיזה פניה בפני בעלה דחשש גנאי אינו ריעותא לדינא מדפריך התם ומי מהלפא והתם קאי על אם נשאת תלא.

ולפ"ז גם מ"ש הרא"ש בתשובה כמ"ד ס"ב על אשה שהיתה בחזקת נשואה ונשאת לאחר שלא בפני ראשון אף כשתאמר עכשיו בפני בעלה הראשון גרשתני לא מהימנא כיון שכבר נשאת מעיזה שלא תעשה עלמה זונה דהוכיחו הפוסקים דאם אמרה טרם שנשאת לשני גרשתני אף דמעיקרא אמרה שלא בפניו לא חיישינן דמעיזה לאחזוקי דבריה דהא רק משום שלא תעשה זונה קאמר דמעיזה לפיו"ש לא פליג אריב"ש דמשום דכבר נשאת לשני דמשום לעז בעלמא לא תלא הוכרח לומר משום שלא תעשה עלמה זונה ותלא מזה ומזה והריב"ש נמי לא אמר רק בנידון דידיה דאין כופין אותו לגרש על סמך חזקה דאינה מעיזה בפניו לומר דאינו יכול כיון שכבר אמרה שלא בפניו אפ"ת אח"כ בב"ד בפני בעלה גריעא טענתה קלת שאולי עתה מעיזה להחזיק דבריה עיי"ש הרי לא עשה מזה ריעותא רק קלת וכולא

וכולא האי ואולי משום דאינו רק חששא בעלמא וכיון שכן לק״מ מהא דנאמן ליתן גט וא״כ לכנוס כיון דקושטא הוא דזה בעלה הוא ולא אחר ואינו נאמן לכנוס ועדי קידושין ליכא דאל״כ היה מבואן ואם לא יאומן ליתן גט תתעגן כל ימיה ומזיכן בשליח שהביא גט בפ״ק דגיטין דרבנן דאצריך להעיד שנכתב ונחתם לשמה או לקיים משום חשש שיבא בעל ויערער ויוליא לעז ומשום עיגונא הקילו להאמין לשליח לבד אף דיש תקנה בגט אחר ובשני שלוחים כ״ש כאן דלקושטא ליכא בעל אחר ועיקר חשש לעז וערעור רק מהבעל והוא לא יערער אח״כ למשוי נפשיה רשיעא שיאמר לא הוא שקידשה בדבר שלא יבא לו מזה שום תועלת ובנידון דהריב״ש היה תקוה שיתרפא הבעל או כשתגדל האשה ויהא לה פ״פ ואפשר יתרלה אח״כ ליתן לה גט ואיך נכוף אותו עתה לגרש ועומד ולווה ומערער שאינו מחויב לגרשה והלעז לפנינו דהוי גט מעושה שלא כדין.

דאיכא דמסייע לה בגיטין דס״ד בעל אומר לגירושין ושליש אומר לגירושין והיא אומרת כתן לי ואבד אר״י הוה דשב״ע ואין דשב״ע פחות משנים וליהמניה לשליש מי קנפיק גיטא מתותי ידיה וליהמניה לבעל מי קאמר גרשתי ולימא חזקה שע״ש ה״מ לאומרא ולהימנה לדידה ומדרה״מ דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה ה״מ היכא דליכא דמסייע לה עיי״ש ויש לתמוה מה שייך כאן דאינה מעיזה פניה בפני בעלה הא בעלה לא ידע אם מסר לה השליש כמו דאמר בעל מי אמר גרשתי ומלאתי בדרישה ארי כאן עמד בזה וכ״ל כיון דחזקה שע״ש לאומרא עכ״פ ובדרבנן סמכינן גם לקולא אם כן אם ידעת שהשליש לא נתן לה הגט הרי הוכחה דבעל מ יהיב לו הגט ויודע בעלה בשקרה ומרתתה לעיין דאפילו על הספק מרתתה כדאיתא בפ׳ ב׳ דקוצות כ״ב ב׳ בהא דפריך ומי חלופה כולה האי דשא יצא הבעל ויכחישה עיי״ש ובהכי א״ש מ״ש בח״ל שם אבל איכא דמסייע לה כגון בעלה כדהכא אי כי ע״א אינה נאמנת וגם רא״ש כתב דבעלה ושליש מסייעין לה ויל״ד הא בעלה לא ידע אי יהיב לה שש ואינו מסייע לה והנ״ל דחזקה שליח עושה שליחות מסייע לה ולפיומ״ש א״ש דמו״כ אם יהיב הבעל גט לשליש הרי אינו יודע א״ל יהיב לה השליש ויכא העזה ואם לא יהיב בעל הגט לשליש הרי יודע בשקרה ומעיזה משום דבעל גם כן משקר ומסייע לה.

ומ״ש ב״ר כגון בעלה כדהכא יל״ד הא הכא גם שש מסייע לה ומכ״ל במסייע לה בעל לבד ונראה קוס דלשליש מגיע שכר שליחות כמ״ש בהגמ״ר ס״פ ב׳ א״כ שליש נוגע ול״ח קיוע ובעכין מה דפליגי הפוסקים אם רק חד מסייע לה אי מעיזה והרא״ש שם כב׳ דאפשר כשהשליש לבד מסייעה אינה מעיזה כרק דגם הש״ס מספ״ל ודאמר ה״מ היכא דליכא דקמסייע לה אבל היכא דמסייעי לה מעיזה הכה מתחל׳ אמר דליכא דמסייע לה לשון יחיד ומסיים דמסיי׳ לה לשון רבים אלא ה״ק ה״מ היכא דליכא דמסייעלה אז ודאי אינה מעיזה אבל היכא דמסייעי לה ת ודאי מעיזה אבל בחד הוי ספק מה״אמר בה רה״מ.

ויל״ע מה פריך הש״ס חזקה דשע״ש הא כל החזקה מחמת נאמנות יצא שאמר שנתן הגט לשליש לגירושין ונאמנות הבעל ש״ן דמגרש לה והא בפסח״ה דף מ״א אהא דדר בקשן בעילותא כתב הכמ״י

בשם רמב״ן והמפרשים דלא אמרינן מגו אלא במלתא דלבתר דמהימנינן ליה משום מגו תו ליכא ספיקא אבל במלתא דאף כי נימא מגו אכתי איכא לספוקי אם לקחה המוכר מזה המערער אם לא לא אמרינן מגו דלא מפיו אנו חיין שנאמין כל כך לדבריו משום מגו עד שנלטרך לברר ספק אחד ומדעתינו לקיים דבריו ולמטען שהמוכר לקחה מן המערער עכ״ל והרי התם יש חזקת ג״ש ומ״מ לא סמכינן כיון דהחזקה בא מחמת המגו שלו להאמינו דדר בו המוכר חד יומא וה״כ חזקת שע״ש רק מחמת מגו של הבעל ואולי המגו כאן דבידו לגרש אלים כסהדי ועדיף מהמגו דפחזק״ה דהיה י״ל לקוחה הוא בידי דאין המגו מה דבידו לעשות בהיתר ועיין קידושין פרק האומר דף ס״ד ע״ב דרבי סבר מה לי לשקר כעדים דמי ובא״ע סימן קכ״ו ס״ז ובב״ש סימן קכ״ז סק״ט ובזה א״ש פרש״י בגיטין שם בד״ה גירשתי את אשתי נאמן דמה לו לשקר הרי בידו לגרשה עכ״ל דמי הכריחו ליתן טעם יהא מאיזה טעם שיהא הא ארבי יוחנן פריך ומדר״י עצמו אלא דמה ק״ד דמקשן להקשות דאטו אומר גירשתי כדמתרץ אע״כ דסמך אמה דהקשה אח״כ דחזקה שע״ש ואם כן קשה תינח אם בחזקה דשע״ש לבד סגי בלא האומנת הבעל או בנאמנות הבעל בלא חזקה שע״ש אבל ליהמניה לבעל במגו ולברר עוד ספק אחד ע״י חזקה לא מפיו אנו חיין כ״כ לכן פרש״י דגירשתי נאמן משום דבידו לגרשה ומה לו לשקר וזה כעדים דמי ועדיף משאר מגו.

מ״ג ואפילו ע״א דעת כ״פ משום דאפקינהו רבנן קידושין והקשה בה״ט ס״ק כ״א ומפרק האשה שלום דף קי״ז דאר״ח נתייבמה יבמה ככנס לנחלה ע״פ דבריהם דכשו מדרש כתובה אנו לא כדרש מדרשי תורה יקים ע״ש אחיו והא כאן דאפקינהו לקידושין לא עדיף היבם משאר אחים עיי״ש ונראה דר״ח לטעמיה בגיטין דס״ד ע״ב דס״ל כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון א״כ ה״כ כיון דמתק״ח מחויב לייבמה כאילו מייבמה בחיוב תורה ובממון ודאי יש להם כח דהפקר ב״ד הפקר.

וברש״י יבמות פ״ח ע״ב בד״ה וקתני דפטו וקשיא לרב ובע״א ל״מ למוקמי דא״כ למ״ל קרא מבואר דע״א נהימן מדאורייתי׳ ובדף ל״ב פרש״י דרק מדרבנן נהימן ועמד בסתירה זאת בזבד טוב ס״ק כ״א וכ״ל דעל״ג עפ״י רוב לא משקרי וודאי מיעוט משקרי רק כמו דרוב לא מהני בממון ה״כ בדבר שבערוה דילפינן דבר ממתון אך לרב דס״ל ברים הפרה הבמא״ה ה״כ בדבר שבערוה חשוב דבר ברור ומהימן מדאורייתי׳ ע״א ונראה דוקא ע״א כשר י״ל לרב מהימן מה״ת כעל״ג דמה דלא מהימן כשאינו על״ג דשמא משקר או טועה אבל קרוב דאפילו הרבה קרובים פסלה תורה ע״כ גזה״כ כדאית׳ בב״ב ובחו״מ סימן כ״ג סע״י וכן שפחה לאו בת עדות היא ואם כן גם דעל״ג פסולה מה״ת דבשפחה אינה מסיימכים שיש לב״י בייסכים ולכן בגיטין דף ע״א ברש״י בד״ה דאקילו בה פרש״י בע״א קרוב ושפחה דהתם נמי קאי לרב כמ״ש תוספת שם ולכן דוקא בקרוב ושפחה הוי קולא דרבנן וכן משמע ברמב״ם פ״ג מהלכות קידוש החדש ה״ד דוקא ע״א כשר נאמן משום דעל״ג וכמ״ש תשב״ץ ח״א סימן פ״ב אלא שהוא כדחק דלא אתי לאפוקי רק גוי מסליח ואינו במשמע כלל ועוד כראה דמש״ה פרש״י בע״א קרוב משום דבודקין אותו לעדות אשה ועי״כ דליכא אחר בהדיה דא״כ סגי בה אחר וכיון דזה רק ע״א ומפ״כ הוי תרתי לריעותא ול״ל

משום

משום דאקילו רבנן בעדות אשה בע"א דאינו רק חדא לריעותא ולכן פרש"י ע"א קרוב דהוי תרתי לריעותא כדאיתא בחו"מ סימן כ"ב ולפימ"ש י"ל מה דבספרי שופטים אמר דע"א קם לעדות אשה דרב חיבר הספרי כדאיתא בהקדמה לרמב"ם ול"ק מהאי תנא דספרי על שמואל דס"ל כחכמים דאמרו זה כלל גדול דהמע"ה דיליף מיניה שמואל דאהבמא"ה כדאיתי' ר"פ הפרה.

אפילו ע"א בישע"ק סק"ה כתב דאחרונים כתבו לדעת הע"ם בחו"מ סימן ל"ז דנוגע דפסול לאו משום דחשוד לשקר אלא משום דאדם קרוב אצל עצמו א"כ בעד מיתה דקרוב נאמן ה"ה נוגע וכתב להוכיח דפסול דהא שליח המביא גט אפילו קרוב נאמן לומר בפ"נ ומ"מ באומר אני עד שני פסול וכתבו תוספת רפ"ב דגיטין ט"ו ע"ב והירושלמי משום דנוגע דרוצה לקיים שליחותו וכתב דזהו ראיה גדולה ולפימ"ש מהרי"ט בחו"מ ח"ב סימן פי' דהיכא דאינו נוגע משום הנאת ממון אין לחוש דמשקר רק משום חשש לעז א"כ ע"כ באני עד שני ג"כ רק משום חשש לעז ה"נ י"ל להע"ם אף דשליח קרוב מהימן וגם נוגע ל"ח דמשקר רק דקרוב אצל עצמו מ"מ חששו ללעז דיאמר משום נגיעתו שיקר ותינח גט דאפשר לתקוני משא"כ עד מיתה וכדמחלקי תוס' פ"ק דגיטין דף ג' ד"ה אי קולא ועוד דעיקר חשש לעז דיבא בעל ויערער כדאיתא בריש גיטין שם ותינח בגט דבעל חי משא"כ בעד מיתה כיון דאין ל"ח דמשום נגיעתו משקר א"כ ודאי מת הבעל תו אין לחוש שיבא ויוציא לעז ולכן גם לפימ"ש סמ"ע וש"ך בריש סימן ל"ז דנוגע פסול מחשש דמשקר י"ל שאני בעד מיתה דעל"ג ודייקא ומנסבא ואדרבה כיון דהעד נוגע דייקא האשה יותר ואף דבשליח המביא גט אמרינן בריש גיטין שם דשליח מידק דייק ומ"מ נוגע פסול היינו משום לעז וכמ"ש.

אך יל"ע בה"ט דע"א נאמן משום דעל"ג דזה ודאי רק עפ"י רוב דמיעוט מלוי שישקרו גם בעל"ג וכיון דילפינן דבר דבר מממון כמו דל"מ רוב בממון ה"נ בדבר שבערוה וכמ"ש המו"ד בבית הספק לענין ס"ס בספ"ק כ"ז וגם בעד מיתה אין יורדין לנחלה הרי דל"מ בממון על"ג וכמ"ש הריב"ש ובש"ע חו"מ ס"ס למ"ד ועוד באיסור א"א לא סמכינן על רוב כמ"ש תוספת בספ"ק דב"מ דף כ"ף ע"ב כמו במשאל"ם ול"ל משום דאיכא נמי חזקה אא"ח ולא לו כדאיתי' בקידושין דף ס"ג ע"ב ורובא וחזקה והכי גם גבי ממון כמ"ש רז"ה ומלחמות רפ"ב דכתובות והא דל"מ על"ג בממון דשמא קנוניא עשו וליכא חזקה אא"ח כדאיתא בשבועות דף מ"ב ע"ב ולהתיר האשה ליכא למיחש לקנוניא חדא דדייקא ומנסבא ומתוך שהחמרת עליה בסופה ועוד דחזקה אין אשה מקלקלת עצמה לישב באיסור א"א כל ימיה כמ"ש רא"ש בפסקיו שילהי נדרים ומה"ט אשה עצמה נאמנת לומר מת בעלי אף דנוגעת וליכא חזקה דאין אא"ח ולא לו משא"כ עד הנוגע ובזה נדחו ראיות כו"ב בא"ע סימן כ"ז להאמין ע"א נוגע מהאשה עצמה וגם מה שהוכיח מיבמות דף ע"ז בהא דעמשא שהאמינוהו שמקובל עמוני ולא עמונית משום דשמואל וב"ד קיים ופרש"י דהוי על"ג אף דהוי נוגע עיי"ש דשם ליכא איסור א"א רק לאו דלא יבא עמוני ומהני רוב לבד דאיסור עמוני כיון דקידושין תופסין ל"ה דבר שבערוה כמ"ש בשו"ת רעק"א סימן קכ"ד וקכ"ה מהמרדכי פמ"ה לענין פסול ממזרות ואם כן בגר עמוני שנשא בת ישראל או להיפך דקידושין תופסין כדלעיל סימן ד' ס"ו ל"ה דבר שבערוה.

עוד הוכיח בכו"ב שם ממ"ש הס"ג בשם ריא"ז והובא בחו"מ סק"ט דבן בעלה נאמן להעיד לה והא נוגע דלדבריו יטול ירושה וא"ל כיון דא"כ לירש תו ל"ח נוגע דהא הש"ך בחו"מ סימן ל"ד ס"ק כ"ח כתב דנוגע אף דפ"ד חיישינן דמשקר ובשביל עצמו מעיד כן והאריך בראיות ובפרט דלאו כ"ע דינא גמירי וסובר דיאמינו לו ג"כ שיטול ירושה את"ד ואינו ראיה לפימ"ש הר"ן בפרק האומר אהא דאמרינן שם דס"ג ע"ב דאינו נאמן לכנוס ונאמן ליתן גט דאא"ח ולא לו וה"ל שאא"ח. ולא לו בדבר שאינו נהנה ממנו להתיר א"א לעלמא ואעפ"י שהוא לישא אותה היה מתכוין תחלה אפ"ה כיון שאנו רואין שאנו אוסרין אותה עליו אם איתא שלא קדשה היה מודה בדבר עכ"ל וה"נ כיון שאין מניחין אותו לירד לנחלה אם איתא שאביו לא מת היה מודה שלא להתיר א"א בחנם ולכאורה הר"ן דלא כהש"ך אלא כהריב"ש שם ובתומים הביא כ"פ דס"ל כהריב"ש ואפשר להכי דייק הר"ן להתיר א"א לעלמא אף דתחלה להנאתו העיד מ"מ כיון שרואה שאין מאמינין לו היה מודה ולא היה מחזיק דיבורו באיסור א"א אבל במקום אחר אמרינן דעביד לאחזוקי דיבוריה ולפ"ז ל"פ הר"ן על הש"ך.

ובירושלמי ריש פ"ב דקידושין אהא דבה"א דשליח נעשה עד א"ר אבין ב"ה כראין הדברים בשקדשה בשטר אבל אם קדשה בכסף נעשה כנוגע בעדותו אמר ר' יוסי מכיון שהאמינתו התורה אפילו קידשה בכסף אינו כנוגע בעדותו ונתקשו הראשונים בממ"נ אם איירי קודם שניתקן שבועת היסת למה לר' אבון כנוגע הא י"ל החזרת למשלח ואם לאחר תקנת היסת מ"ט דר"י ולכאורה י"ל דפרש"י בקידושין דף מ"ג ע"ב בד"ה והשוא דתקון רבנן שבועת היסת וז"ל נוגעין בעדותן אי אמרי אהדריכהו כיהלך בעי אשתבועי לפיכך מן הדין שקבל מלוה מידם כדי שיפטרו מן השבועה ונוח הוא להם להפסיד הממון למלוה מלהשבע בשקר דאע"ג דחשידי אממונא לא חשידי אשבועתא הלכך בממון לא אמרינן הן הן עדיו וכיון דעדים לא הוו הרי הדין זה כדין החנוני וכו' ובפרש"י בש השולח דף ל"ה בד"ה חוץ לב"ד דשבועת הדיינין ל' תורה הוא ונקט ס"ת בידו ומשבע לה בשם זו בכנוי ועונשה מרובה ושבועה דרבנן בקללת ארור ולא נקיט מידי ואין עונשה כל כך עכ"ל ולפ"ז י"ל ה"ט דר"י כיון שהאמינתו תורה ואין עליו רק שבועת דרבנן בלא שם וכינוי ונקט"ח נוח לו לישבע היסת מלהעיד עדות שקר שנתקדשה דהא שבועה בלא שם אין בו מלקות ולא קרבן רק איסורו בעלמא מדברי קבלה כמבואר ברמב"ם בפ"ב מהל' שבועות ה"ד משא"כ במעיד שקר שנתקדשה אפשר דבוא ע"י לאיסור א"א כשתקבל קידושין מאחרים ו המשלח יקדש אחותה יבאו בלא גט ואף דכשנשבע עושה איסור בעלמא מ"מ ניחא לו למעבד איסורא זוטא ולא לימעבד אחריני ע"י איסורא רבה כדאיתא בפרק בכל מערבין דף ל"ב וגם ר' אבון אמר נ נעשה כנוגע אבל נוגע ממש לא הוי די"ל החזיר הכסף למשלח ולישבע היסת דאיסורו קיל מלהעיד שקר שקידשה רק ס"ל לר' אבון דבעיני העולם י"ל שבועה משאר עבירה וכדפרש"י בפ"ק דב"מ דף ' ע"ב בד"ה לא אמרינן דחמיר הוא לאינשי איסור שבועה מאיסור גזלה אבל ר' יוסי ס"ל דרק שבועה בשם חמיר כמ"ש תוס' שם בד"ה

בד״ס דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא משום דשבועה חמורה כדאיתא ביומא דפ״ו ובשבועות דף ל״ט שעולם נזדעזע על לא תשא את שם וביומא שם שמו הוא דאינו מנקה אבל מנקה לשאר ח״ל ובהכי א״ש מה דס״ל לבה״ג דעד נעשה שליח בקידושי אשה ולא חילק בין קידושי כסף לשטר כמבואר בר״ן בר״פ הא״מ משום דס״ל כר״י וס״ל כדמסיק אביי בפ״ק דב״מ דף וא״ו הא דלא אמרינן חשוד אממונא חשיד אשבועתא לא משום דחמיר בעיני עולם רק משום דתלינן בשמ״י או כמ״ש שם דאשתמוטי מישתמיט אך להרמב״ם דס״ל בפ״א משבועות דגם היסת בשם או בכינוי לא א״ש למה לא חילק בין קידושי כסף לשטר דלדידיה ודאי הירושלמי מיירי קודם דתקון רבנן היסת וכן לדעת האומרים דהיסת בימי ר״כ תקנו והירושלמי קדם הרבה ואין ראיה מדר״י לד״דן אחר תקנת היסת והק״ל מ״ט דר׳ אבון לכן נ״ל דטעמא דר״א כיון דמשלח האמינו ומסר כספו בידו אם יכפור בו הוי העזה משא״כ כשיאמר השליח שקידש האשה דלא האמינתו מעולם יכול להעיז וכדמחלקו תוספת והובא בב״ך חו״מ סימן פ״ג בכ״מ אות וא״ו ובסימן ל״ג סק״ג דלפיכך לא הוי מגו טובה עיי״ש ה״נ אין כח לשליח לכפור במשלח ויותר כח לו לומר שקידש האשה דאין המשלח יודע ולהיות דאין זה נגיעת ממון דמ״מ אלו היה אומר דהחזיר להמשלח היה נמי פטור לכן אמר ר״א רק דנעשה כנוגע וא״ז ירושלמי לביעתי דברפ״ב דגיטין בהא דשליח המביא גט א״כ לומר אני עד שני דנעשה כנוגע בעדותו וכתבו תוספת בפ״ב דגיטין דט״ו ע״ב משום דהנאה לו שיתקיים שליחותו ולאו נוגע ממש וה״ט דנוגע ממש אינו רק בהנאת ממון וכמ״ש מהרי״ט ח״ב מחו״מ סימן פ׳ וכתבו תוספת שם דלפיכך ל״ל נמי הטעם שאמרו בש״ס בבלי שם או כולו בתק״ח או כולו בקיום הגט וקשה לזוגם הכהו תרי טעמי ונראה דהיכא דנאמן מן התורה לא מקלקלין נאמנותו משום נגיעת כבוד כיון שאינו נגיעת ממון לא חשיד לשקר אבל שליח דמד״ת א״כ חד לומר בפנ״ח דק מתק״ח לכן גם בנגיעה קלה כמות שהיא שאינו נגיעת ממון לא מהימן וזה שאמרו או כולו בתק״ח דהיינו שאומר בפ״כ ובפ״כ והוא אינו העד עצמו האמינוהו ולכן ה״כ אר״י מכיון שהאמינתו תורה אפילו קידשה בכסף אינו נוגע דרק בשליח שאומר בפ״כ ובפ״כ דנאמנותו רק מתק״ח חשוב כנוגע ולא כשנאמן מן התורה ואף דבשליח המביא גט מדית בלאו אמירתו בפ״כ כשר דד״ת עדים החתומין כנחקרה עדותן וקתם ספרי דדייכי גמירי כדאיתא ברים גיטין מ״מ נאמנות השליח אינו מד״ת רק מדרבנן וכיון דגריע נאמנתו מחמת נגיעה קלת תו לא האמינוהו.

ובזה מתורץ מה שהקשה בח״ר בגיטין שם משנים החתומין על השטר ומת אחד מהם דשני כותב התי״ אחספא ושדי בב״ד וא״ל איהו והעד אחר ומסהדי אחתימת השני ולא מחזיקינן ליה בנוגע בעדותו עיי״ש דלפימ״ש שאני התם דזה הוי קיום דמהכי גם היכא דצריך קיום מן התורה דדמוי החתימות מועיל מדאורייתא כמבואר בטו״ז חו״מ סי׳ ס״ט ובש״ך שם סק״ב אח״כ מלאתי בכנס״י ס״ם פ״ג כתב בשם יש״ש כה״ג לענין שונא והביא ראיה מיבמות דף קי״ז.

והיוצא מזה דהיכא דנאמנותו מן התורה לא מיחשב נוגע מחמת כבוד וכדומה כל שאינו הנאת ממון רק היכא דמן התורה לא מהימן רק רבנן הימנוהו אזי מיחשב כונע ולפ״ז ה״ה בהא דעביד לאחזוקי דיבוריה והא דקידושין דף ס״ג דא״כ לכנוס ונאמן ליתן גט דלא״ה כונע אחר שאמרו לו דא״כ לכנוס משום התם נאמן מן התורה או משום דהוי רק גילוי מלתא דהוא הוא הראוי ליתן לה גט וכמ״ש לעיל או מטעם שכתב הר״ן שם דאינו רק מברר מי קידשה דבלא״ה כבר היא מקודשת ולכן לא מיחשב נוגע משום דעביד לאחזוקי דיבוריה אבל בן בעלה שנשאר מאביו ירושה או פסקו לו שכר אם יועיל עדותו להתירה דנוגע הוא כשהעיד על מיתת הבעל ונפסל עדותו ואח״כ העיד בלא נטילת שכר ולא ע״ד ליכד לנחלה מ״מ כיון דנאמנות שלו רק מדרבנן י״ל דעביד לאחזוקי דיבוריה ועדיין נוגע הוא וריא״ז הכ״ל או דס״ל דעל מיתת בעלה נאמן מן התורה משום דעל״ג כמ״ש רשב״ן בדעת הרמב״ם או דמיירי דבלא״ה הכיחו אביו להיות אפטרופס על נכסיו או דלא נשאר מה לירש וכה״ת

ולענין נוגע בשאר איסורין ביבמות פ״ח ברש״ג. ד״ה ואמר ברי לי דשומן הוא מהימן וה״י ודאי פשיטא לן דסמכינן עליה כ״ז שלא נחשא דאל״ה אין לך אדם אוכל משל חברו ואין לך אחד סומך על בני ביתו ותוס׳ כתבו שם דגמרינן מנדם וספרה לה וילי מזה הכו״ב בחא״ע סימן כה דהיכא דלא איתחזיק איסורא ואינו דבר שבערו״ז נאמן ע״א נוגע והקשה בזבד טוב ס״ק כ״ג א״ה למה אמר רב ביבמות ע״ז כל ת״ח שמורה הלכה ובא אם קודם מעשה אמרה שומעין לו ואם לאחר מעשה אין שומעין לו וכתבו תוס׳ שם כשהוא נוגר דעביד עובדא בנפשו וזה ע״כ מיירי בלא איתחזיק איסורא ואינו דבר שבערוה מדפריך מינה אהך דהורה עמשא עמוני ולא עמונית דהיה הלכה רופפא ולא איתחזיק איסור כמ״ש בכו״ב שם ונראה הא דנוגע נאמן בשאר איסורין אף דים מקום לחשוא מחמת הנגיעה משום דרוב ישראל בחז״כ ולא שכידי שיאכיל איסור משום הנאתו אך זה בדבר פרטא לשעתו משא״כ הוראה שהוא לכל ישראל ולדורת עולם חששו גם דלא שכיח כמ״ש תוס׳ ברים כתובות בסד״ה שאם בדבר שלא תשב עמו באיסור כל ימיו חשו אפילו לזנות אף דלא שכיח א״כ ק״ו הוראה לכ״ע ולדורות עולם והא דנאמן מורה הוראה לומר שכך מקובל אף בדבר שבערוה ודיני ממונות נראה משום דאין זה בגדר עדות דתורה אמרה לא יקום ע״א באיש לכל עון ולכל חטאת שנוגע עדותו לאיש בשעת מעשה וכן הא דילפינן דבר דבר ממטון כמי כתיב כי מצא בה ערות דבר דנוגע לאיש ואשתו בשעת עדותו אבל הוראה אינו רק גילוי מלתא ואינו על מעשה בזה איש וכמו שכתב הרי״ף בפרק החולץ בהא דאשתמודעינא בפלוני דאחוה דמיתנא דאפילו קרוב נאמן דהוי רק גילוי מלתא וכיון דאיתחזק אסכי גם אח״כ ולפיכך אין אומרים בהוראה הרי כמאה ללא אחרי רבים להטות משום דאינו עדות.

ובתוס׳ יבמות פ׳ האשה שלום קי״ז ע״ב אהא דאמרה מת בעלה ואח״כ מת חמי תנשא ותטול כתובתה וחמותה אסורה משום דאמרינן לא בעלה מית ולא חמיה מית ולקלקלה לחמותה מיכוונה וכתבו תוס׳ ז״ל ומ״מ מתירים אותה להנשא כיון דחזיא דחמותה אסורה אף היא לא מקלקלה נפשה וא״ת מה יש לחוש מ״מ נתיר לחמותה כשנשאת הכלה דהשתא לא תיתי ותצטער שהרי לא

תחזור

תחזור להיות כלתה עכ"ל והוכיח זה בספר ונסנת חכמים בעדות אשה שמת בעלה לא חיישינן דלאחזוקי דיבורה אמרה כן והובא בזבד טוב ודחה ראייתו דאין כונת התוס' דצריכה הכלה להעיד עוד אחר שנשאת אלא נתירה לחמותה ע"י דיבור הראשון של הכלה עיי"ש והיינו אף דדיבורה הראשון לא נתקבל מ"מ השתא דהכלה נשאת איגלאי למפרע דקושטא אמרה מת בעלי וא"כ גם מת חמי קושטא הוי כיון דתו לא תהא כלתה ולכאורה אין זה דחיה דאפשר דיבור הראשון היה שקר ולא בעלה ולא חמיה מית אלא השתא דנשאת אף דודאי לא מקלקלה נפשה י"ל א"כ נודע לה דבעלה מית ומה"ט לא מסיק בה מלהנשא אך נראה מדלא הקשו התוס' הך וא"ת רק לאחר שהקדימו דמ"מ מתירים אותה והא זה מפורש בגמרא תנשא וחמותה אסורה וגם למה הוצרכו לומר ומ"מ מתירים אותה להנשא. והנ"ל ומ"מ תנשא כלשון הש"ס אלא אהא דתנשא המ"ל ומשום דודאי לא תנשא עד שתדע שבעלה מת ולא תקלקל עלמה אף דכשאמרה בב"ד מת בעלי היה שקר אלא דקשיא להו כיון דעכשיו שקר אומרת איך מתירים אותה הב"ד עכשיו על סמך שלא תנשא עד שימות בעלה דהא צריכה להעיד בב"ד ושיתירו אותה הב"ד על סמך העדות כדאיתא לקמן סל"ט וכיון דהשתא לא נתקבל עדותה איך תנשא בלא עדות לפני ב"ד וזה שדקדקו ומ"מ מתירים אותה להנשא דב"ד מתירין איתה וע"כ משום עדותה דהשתא כיון דחזיא דחמותה אסורה אף היא לא מקלקלה נפשה היינו עכשיו לא מקלקלה נפשה כשעדיין היא לפני ב"ד ומתירים אותה לכן לא כתבו לא תקלקלה נפשה ולכן עכשיו הקשו שפיר מה יש לחוש כיון דעודה אצל הב"ד ולא שייך לומר דנודע לה אח"כ איגלאי דקושטא אמרה תחלה דמת בעלי וליכא משום דלאחזוקי דיבורה אמרה ואפילו לדעת החמ"ח בסל"ד דא"ל ב"ד לקבל עדות ולהתירה בב"ד מ"מ אין סברא שיתירו אותה ב"ד כ"ז דחוששין דלא מית בעלה ושקר אומרת על סמך שלא תנשא עד שימות בעלה שו"ר בב"ת ה"ר מהתוס' עד"ז שכתבתי שמא נתוודע לה אחר שהעידה בב"ד שמת בעלה ואז מחזיקה דבריה שאמרה מעיקרא דמת חמיה ולפימ"ש שלנו תוס' זה וא"כ אדרבה ראיה מהתוס' דבעד מיתה חוששין דעביד לאחזוקי דיבוריה אך רדב"ז ח"א סימן תרכ"ז ס"ל דאין חוששין שמא יחזיק דיבורו עיי"ש ול"ל דחזקה דייקא ומנסבא אחר התרת ב"ד כשתכנסא דהא התירוה להנשא עפ"י ע"א או אשה חשוב כשנים ואין אחר שבא אח"כ יכול להכחישו כדאיתא ביבמות פ"ח ב' ובכ"ד וע"כ הטעם כיון שהתירוה על פיו הוחזקה מיד פנויה כמו עפ"י שנים וכן מלאתי בחו"ד ביו"ד. סימן קכ"ז סק"ה והביא שכ"כ רש"י ר"פ הא"ר ואם דייקא רק בשעת נישואין א"כ בשעת התרת ב"ד עדיין מסופק לנו אם אשת איש היא ועכצ"ל דאיכא בזה לב"ד להתירה עד דדייקה.

ואפילו עד מפי עד בתשב"ץ ח"א ענין פ"ב פ"ג וכו"ב הח"ע כתבו דעד מפי עד ל"ח מנתא דעל"ג דמלי לאשתמוטי לומר דראשון אמר שקר לכן בזה ודאי רק קולא דרבנן להאמין אך בתורת האדם לרמב"ן בענין שמועות דף ע"ע ע"ג ז"ל מסתברא לן דשמועה דעד ואפילו עמפ"ע ואפי' גוי מסל"ת מתאבלין דמלתא דעל"ג ולא מסקרי בה אינשי וכ"כ מהרי"ו סימן פ"ח. והביא ראיה להרמב"ס כתב מלא בשטר כתוב שב"פ מת ומכירים אותו שזהו כתב ישראל אשתו מותרת ומשמע דאין אנו מכירין מי שכתבו ומאי מלתא דעל"ג איכא התם וכן פסק הרמב"ס דעד שמשמע מגוי המסל"ת מעיד וכן עד מפ"ע אפו אם מת העד הראשון אינו מעיד השני א"ו בכולהו איכא למימר כיון דעביד לאיגלויי שלא מת לא משקר עכ"ל וי"ל אף דכשיבא בעלה יוכל לומר דראשון כיחש מ"מ מחית נפשיה לספיקא דישתפקו. מי שיקר וכדאר"ח בפהז"ה דף למ"ד שתי כתות המכחישות זא"ז שתיהן פסולין דבהדי שהדי שקרא למה לן ובשתי כתים שישבו וכמלא ביניהן כתם שתיהן טמאות דמה חזית לתלות הקלקלה באחת יותר מחברתה ועמפ"ע גרע דהא קי"ל כל הטומאות כמקום מליאתן וכ"מ שנמלא הריעותא אמרינן ככ"ה ולא מחזיקינן ריעותא ממקום למקום ה"כ יתלו יותר בזה השני דבו נמלא הריעותא ודאי אבל הראשון שמא לא אמר כלל וכן בכתב הנמלא אף דא"י מי כתבו מ"מ חושש הכותב לעלמו שמא יהא ניכר ע"י דימוי אך מלשון מהרי"ו משמע כיון דהדבר בעלמו עביד לאיגלויי לא משקר ואפשר משום דאשה דייקא ומנסבא וע"ז עביד לאיגלויי וכמ"ש הנו"ב סכ"ז א"כ למ"ל לשקר בחנם אך מת"ס הכ"ל מבואר דעל"ג בלאו טעמא דדייקא ומנסבא מתוך חומר שהחמרת עליה דהא בשמועה כאמן אף דאין לו אשה כלל.

ועוד כראה לפימ"ש תשב"ץ שם בענין ע"ז הא דע"א א"כ תפסא רחוקה לפגוס בן ברית מוחזק בכשרות שסקר הוא מעיד אבל מ"מ אפשר שמעיד בשקר למען שסבור הוא עיי"ש ויותר מזה כתבו תוס' בע"ז פ"ק דף י"ב דגם גוי לא חשוד להכשיל ישראל בדבר שאין לו הנאה וא"כ כשהעיד עמפ"ע או כמלא כתוב ולא ידעינן מנו אם לא בעלת האשה ובא בשכרו אין לחוש אלא בא"י אם ישראל כתבו לא סמכינן כיון דפיהס דיבר שוא וא"י אם הוא מסל"ת ואם יבא הבעל א' כ"ע יתלו הסרחון בה והוי ודעל"ג בכל אנפי ולא תעשה האשה זאת ולכן לדעה ראשונה דלקמן סעי"א אפילו א"י אם הוא כתב ישראל סומכין עליו משום דל"ח שיעשה הגוי מעשה להכשילה בלתי הנאה והאשה לא תעשה זאת כי על"ג ולכן א"ל קיוס אף דל"ל בזה דלא סליק אינש לזייף כיון דלא ידעינן מי כתבו וכמו שהקשה החת"ס בחא"ע סימן מ"ע מ"מ האשה לא תעשה זאת כיון דעל"ג ויתלו כ"ע בה שזייפה ועיין פר"ח על יו"ד סימן קי"ח ס"ק ל"ו ונראה הא דלריך בגוי שלא יתכוין להעיד וגם לדעה ראשונה לקמן סעי"א דאם אינו כתב של ישראל לא סמכינן עליו אף דלא חשיד להכשיל לפימ"ש החכ"ל סל"ע הא דל"ח שיתכוין הגוי להכשילו אף דהשודין על שפ"ד ואין מתייחדין עמהם הייכו בדבר שהוא נוקס ועושה רעה בישראל בודאי חשיד עליו ועושהו כדי להנקם מישראל אויבו אבל להכשילו בדבר איסור במקום שא"א לעמוד עליו אין זה נקמה לפי דעת הגוי שהרי אין הישראל יודע בדבר זה ומה רעה עשה לו עכ"ל וא"כ במעיד על מיתת בעלה חשיד דמתכוין להכשילה כי מלפה שיבא בעלה דיתוודע לה שנכשלה באיסור ותלטער אבל ישראל לא חשיד להכשיל אם לא שכרתו וא"כ הוי מדעל"ג וכמ"ש והא דבקדושין דף ס"ג ע"ב דהאומר קידשתי את בתי וא"י למי ובא אחד ואמר אני קדשתיה דא"ר נאמן ליתן גט דאש"ח ולא לו ור"א אמר אף נאמן לכנוס דמרתת

דאביה

דאביה יכחישו ולתשב״ץ כיחא ששכרתו או אביה שכרו ואף דתחלה אמר א״י למי קידשתיה עכשיו הוא מגו למפרע לק״מ לפימ״ש הר״ן שם דאף דהוה דבר שבערוה דלריך שני עדים הייני בבא להוליאה מחזקתה אבל זה שמעמידה בחזקתה אלא באומר שנתקדשה לו כאמן והיינו דלפיכך הוי רק כשאר איסורין דל״א ששכור הוא להעיד שקר ונראה ראיה דגם עמפ״ע חשוב על״ג משילהי יבמות דאמר שהביא ר״ג נשים עפ״י ע״א ומאית הקבלה מר״ג הזקן תכן והוחזקו להיות משיאין עמפ״ע דמבמע ע״י שכתאמת דמשיאין עפ״י עד הוחזקו להשיא ע״י עמפ״ע ומנא להו דשאני עמ״ע דלא על״ג ולתשב״ץ ומו״ב ע״א נאמן מדאורייתא משא״כ עמפ״ע אע״כ דשוה עמפ״ע לע״א ורמב״ם דכתב דהקילו חכמים היינו כמ״ש כ״י וריטב״א מהרא״ה דאף דמדאורייתא מהימן מ״מ חכמים מחמירים בכ״מ וכאן הקילו לסמוך על ד״ת.

ס״ד הכל נאמנים ביבמות דף קי״ז בעי בת חמיה או חמותה הבאה לאח״כ אי נאמנות ולא איפשט והשמיטם רי״ף ורמב״ם וכתב בכס״מ פי״ג מה״ג הטי״ז דהאי חששא דרבנן הוא וקיי״ל ספיקא לקולא ונראה מוכח מזה כתשב״ץ ורא״ה ומו״ב דמשום טעמא דעל״ג ודייקא ומכשבא נאמנין מה״ת אבל לריב״ש וש״פ דמה״ת לריך ב״י עדים כשי״ם רק רבנן הקילו וכיון דספק אי בבת חמיה וחמותה דלאח״כ ג״כ הקילו הוי ספק דאורייתא דאם בזה לא הקילו מעולם לא עקרו ד״ת בה אח״כ ראיתי בשו״ת בר״א סימן ל״ע שכ״כ.

אך ברמב״ם י״ל ע״א להשמטתו דבת חמיה פשוט דהשמיטו משום דגמרא פשיט לה מדלא תכן במשנה רק חמש ומה דדחי הגמרא דחויה בעלמא הוא וכמ״ש בע״כ וכל״ל ברא״ש דהשמיט בעיא דבת חמיה אף דבעיא דחמיותה לאח״כ הביא וכן הטור והא דהשמיט הרמב״ם המותה הבא לאח״כ דהבעיא בגמרא אי מסקא אדעתא דמית בעלה וכפלה קמי בנה ליבום והקשה רש״י הא תני יבמתה דג״כ הטעם דמית או בעלה אי בעלה כל זאת ותהא לרתה.

אך רמב״ם דבפ״ז מה״ג כתב דהחמש נשים אין מעידות מפני שסונאות זא״ז ובהוכם יבמתה משמע דלאו משום דחושבת שתהא לרתה רק שסונאית זא״ז וכ״כ המל״מ פי״ב מה״ג וכן משמע מירושלמי ופסקו רמב״ם שם אפילו יבמתה שהן אחיות אינן מעידות זל״ז והתם לא תהא לרתה ולומר משום דלא פלוג דוחק גדול דאם משום עיגונא עקרו ד״ת להאמין עמפ״ע ושפחה וקרוב איך יחמירו משום ל״פ לכן ק״ל לרמב״ם טעם דיבמתה משום דסונאות זל״ז אך הא דבעיא בחמותה הבאה לאח״כ מי מסקא אדעתא דמית תליא בזה אם הטעם ביבמתה דחוששת דמית חד ותהא לרתה ה״נ בחמותה הבא לאח״כ ויבמתה אחותה מעידה אבל אם יבמתה אחותה אינה מעידה דהטעם משום דסונאות זל״ז מהיכא תיתי לחדש דמסקא אדעתא דמית דהא קי״ל בפר״א דנדרים דאין פותחין בנולד ומיתה חשוב נולד ומשום דאפילו היה מסיק אדעתו לא פרים מלנדור כיון דלא שכיח אינו חושש לזה כמבואר ביו״ד סימן רכ״ח סי״ב וכ״ש הכא דרוב נשים מתעברות ויולדת ואין נופלת ליבום ולכן ל״ל בעיא דחמותה הבא לאח״כ משום דמספ״ל טעם דיבמתה אי משום דחוששת דמית בעל ותהא לרתה ה״נ בחמותה או משום דסונאות זל״ז וכיון דירושלמי אמר יבמתה אחותה נמי אין מעידה ע״כ ס״ל דאין הטעם ביבמתה שחוששת דתהא לרתה ומילא נפשט הבעיא בחמותה לקולא דכן דרכו של רמב״ם בבעיא דבבלי לפסוק דאיפשט בירושלמי וכמ״ש ש״ך יו״ד רים סימן קנ״ה ובאר יעקב שם הובא במלא הרועים בערך בבלי וירושלמי.

עוי״ל דבבר הקשו מה מבעיא בחמותה דלאח״כ הא במשנה רק חמש תכן וא״ל דככללת בחמותה דהא ה״כ תני לרתה ויבמתה דלפירש״י ותוס׳ יבמתה הטעם משום דתהא לרתה אח״כ וכמו שעמד בזה בשו״ת עה״ג סימן ק״ז ונראה דבגיטין דף כ״ח אסיק רבא דשמא מת ל״ח ושמא ימות תכאי הוא ור״מ ס״ל דגם שמא ימות ל״ח ור׳ יהודה ור״י ור״ש ס״ל דחיישינן ומש״כ תוספת שם דשמא ימות לזמן מרובה גם ר״מ חיים תמה שם הפנ״י עיי״ש ואם לענין איסור לא חיים ר״מ אפי׳ לכתחלה מהיכא תיתי לומר דחמותה הבא לאחר ונכאן תחוש לשמא ימות בעל ותעיד שקר במלתא דעל״ג ולכן אין ראיה מהמשנה כיון דתכאי ואדרבה קתם מתניתין ר״מ ואכן דקי״ל דחיישינן לשמא ימות ה״כ אפשר דמסקא אדעתא דמית בעל אך א״כ יש לפשוט מדאמר רבא בפע״י דף פ״א ע״ב מתייחד אדם עם שתי יבמות ועם שתי לרות עם אשה וחמיותה עם אשה ובת חמותה עם אשה ובת בעלה ולא תבי״ב נמי חמותה הבאה לאחר מכאן דהא אכן קי״ל לשמא ימות חיישינן ע״כ ס״ל דמ״מ מה״ע לא שונאות ולא תעיד שקר במלתא דעל״ג נמי וא״ל שמא רבא נמי מספ״ל אם חמותה הבאה לאח״כ שונאתה ולכן לא אמר דמותר להתייחד עם אשה במקום חמותה הבאה לאח״כ דאם הוי ספק אם שונאתה הנ״ל דמותר להתייחד דגם מספק לא תזנה דחוששת לעלמה שמא שונאתה ותגלה חרפתה ועוד בפרק לולב הגזול דף ל״ג הא דבעי למפשט בעיא דר״י מדר״פ דאמר כסהו רוח ונתגלה חייב לכסות דאין דיחוי אלל מלות דחי הש״ס דר״פ גופא מספ״ל ופסקו רמב״ם וש״ע ביו״ד סימן כ״ח דחייב לכסות ולא הזכירו דלא יברך משום דק״ל דהאי דאמר דר״פ גופא מספ״ל רק דיחויא בעלמא וכמ״ב מג״א בסימן תקפ״ו סק״ו והא דלא פשיט מברייתא דר׳ יהודה תני שבע ולא תני חמותה דלאח״כ ור׳ יהודה חייש לשמא ימות בהא דהלוקח יין י״ל משום דבפרק בכל מערבין דף ל״ח פליגי אמוראי אי ר׳ יהודה ור״י יוסי ור״ש אוסרין או זוגי זוגי קתני ר״מ ור׳ יהודה מתירין ולא חיישי לשמא יבקע הנוד והא דברים יומא אמר ר׳ יהודה אף אשה אחרת מתקינין לו שמא תמות אשתו אין ראיה דהתם מעלה יתרה משום דכפרת כל ישראל תלוין בכ״ג כמ״ש תוספת שם ועוד דהא בפרק בכל מערבין ס״ל להש״ס מעיקרא דהא דהלוקח יין מבין הכותים טעמא דר׳ יהודה ור׳ יוסי ור״ש דאוסרין לאו משום דחיישי לשמא יבקע הנוד אלא משום דא״ב או דלריך שיהא שיריה ניכרין ועיי״ש דף ל״ח בתוס׳ ד״ה אי אתה מודה.

ולפ״ז לל״ע ביבמתה שהיא אחותה אם רמב״ם ס״ל משום דשונאות זו את זו או משום דלא פלוג וכ״מ אי אשה אחרת אומרת מת ויבמתה שהיא אחיתה אומרת לא מת דקי״ל כשם שא״כ להתירה כך אין נאמנות לאוסרה כדלקמן סעיף מ״ו דאם הטעם דאחיות יבמות אין מעידין זל״ז להתיר משום דשונאות זא״ז ה״כ לאסור א״כ אבל אם אין שונאות רק להתיר א״כ משום דלא פלוג שלא יטעו בשאר יבמתה

יבמתה לסמוך על עדותן תינח להתיר אבל לאסור נ"ל כן כיון דמדינא נאמנת ובפ"ת כאן ס"ק כ"ד מביא מנה"ל ס"ק כ"ד דיבמתה אחותה גם לאסור אין נאמנת וא"י טעמא כיון דלרש"י ותוספת טעם דיבמתה שחוששת שתהא צרתה לא שייך באחותה ועכצ"ל רק משום ל"פ וכן לרמב"ם אפשר דס"ל כרש"י ותוס׳ כמ"ש המל"מ וק"ע ופ"מ וכ"כ בשו"ת רעק"א סימן פ"ו דהיכא דאינה נאמנת משום ל"פ הוא רק להחמיר ולא לקולא.

ובבה"מ כתב כיון דחששא דרבנן הוא פסקו רי"ף ורמב"ם הבעיא לקולא ובשו"ת רעק"א סימן פ"ו א"כ למה אם בעלה כהן אוכלת בתרומה כדתנן מת בעל ומת חמי אוכלת בתרומה וס"ד דש"ס דזה הוי כחמותה הבא לאח"כ עיי"ש וי"ל לפימ"ש התוס׳ בסימן ל"ג סעיף י"ב סק"ח לענין קרובים דרק מגזה"כ פסולין דלא נחשד לשקר היינו דאלו לא היה גזה"כ לפסול קרובים לא היו נחשדים לשקר אבל אחר שפסלם התורה אף הם אין שמים על לב לדקדק בעדותן כי חושבים עדותן מה נחשב ואומרים בדלדוי עיי"ש ודומה לזה בגיטין דף ק"ז דיבורא אמרי מעשה לא עבדי כתבו תוספת שם היכא דנגמר על פי דיבורם דהולכת ונשאת חשיב מעשה ה"נ אם אין נאמן אפילו רק מדרבנן תו הוי רק דיבורא וגם אם מועיל עדותו ונמצא שקר נפסל אח"כ לעדות ולשבועה לכן מדקדק ואינו מעיד שקר וע"כ לענין חמותה הבא לאח"כ דהספק אם פסולין מדרבנן פסקו לקולא דהוה ספיקא דרבנן אבל היכא דידענו דודאי פסול מדרבנן ממילא גם מן התורה אינו נאמן.

וב"ש סקט"ו כתב דלהפוסקים לאומרא בחמותה הבאה לאח"כ י"ל גם כשהיא ערוה לבנה ל"פ דלא כהח"מ והיא חומרא גדולה כיון דלרי"ף ורמב"ם גם באינה ערוה מקילין ועיין הס"ד סימן קס"ד הובא במג"א סימן תמ"ז דלא מחמירין בל"פ כמו בגוף הגזרה ובגוף הסברא דל"פ יש לשדות נרגא דז"ל הירושלמי ה"ח בפ׳ האשה שלום אהא דתנן אמרה מת בעלי ואח"כ מת חמי תנשא ותטול כתובה וחמותה אסורה ופריך ותהא נאמנת לומר מת חמי לא כן סברינן מימר כשם שאינן נאמנות עליה כך היא אין נאמנות עליהן אר"ח תיפתר שהיה חמיה כן וקיימה ופירש ק"ע דלמה אין נאמנת מת חמי הא לא תנן רק חמותה א"כ עליה ומפני כשם שחמותה א"כ עליה ה"כ להיפך דכמים הפנים לפנים ה"ג תיפתר שהיה חמיה כאן וקיימה וה"פ שגם חמיה היה שם במקום בנו שהוא בעלה וקיימה ג"כ מן חמיה כדי לאמת דבריה והוא דחוק ורחוק ופ"מ מפרש דפריך דתהא נאמנת לומר מת בעלי ואח"כ מת חמי דהא תו אינה כלתה דלא כן אמרינן כשם שאינן נאמנות והתם חשוב חמותה דמשמע כשהיא חמותה א"כ וכן היא על חמותה אבל הכא תו אינה חמותה ומשני ר"ח תיפתר מתניתין שהיה חמיה כאן וקיימה והכירה כלומר שהיה חמיה עם אשתו כאן והיא היתה אללם והכירה חמותה וכבר הרגישה לערה מחמותה וגם זה דחוק דהל"ל שהיתה חמותה עם כלתה מה כ"מ בחמיה היכן היה לכן נראה דס"ד דשנאת חמותה שסונאת את הכלה משום דתירם אותה ואכלה לגירסני כדאיתא בבבלי שם דף קי"ז וכאן דמת בנה תו ליכא שנאה והא מה דכלתה אינה מעידה עליה משום דכשם שאינו נאמנות וכי דכמים הפנים לפנים וכיון דאחר מיתת הבן אם כלתה נשאת לאחר מעידה חמותה דמעיקרא על מיתת בעלה הסכי דתו ליכא שנאה ה"כ תעיד כלתה עליה אחר מיתת בעלה ותירץ ר"ח תיפתר שהיה חמיה כאן אלל חמותה וקיימה שאמר על כלתו שהיא אשה מקויימת חשובה משאר נשים והיטב חרה לחמותה על זה שאינה חשובה אלל בעלה ככלתה עד שמחמת זה אפילו אחר מיתת בנה לא פסקה השנאה וכמים הפנים גם כלתה שונאת את חמותה לעולם ומדהולרך לומר תיפתר דמיירי בהכי ולא אמר משום דלפעמים כך היא תו לא פלוג ש"מ דלא אמרינן לא פלוג וגם לפירש הפ"מ מוכרח דלא אמרינן ל"פ דאל"כ ליומא משום דלפעמים היא עם חמותה ביחד ומלערה תו ל"פ וגם מזה מוכח הא דתני בירושלמי בהלכה ד׳ יבמתה אפילו אחוהו דלאו משום ל"פ כמ"ש הק"ע ופ"מ דהא מכאן מוכח דלא אמרינן ל"פ ואפשר לדחוק תיפתר שהיא חמיה כאן דאם יש טעם דאינה נאמנת וממלא תו ל"פ וא"ש בזה דלא תקשו דהא סתמא תנן דא"כ לומר מת חמי דמשמע יהיה איך שיהיה.

ועה"פ מוכח מהירושלמי דאם הטעם דחמותה שונאת לכלתה משום דתירש מול בעלה ואכלה לגירסנא וכדס"ל להש"ס בבלי אזי דוקא כשהבעל חי בחיי חמיה אבל אם מת בעלה בחיי חמיה גם שנאתה אבדה ורק אם הטעם דחמותה שונאה להכלה משום דחמיה עשאה מקויימת וקשה כשאול קנאה והוי לערא דגופא אזי השנאה תקוע בלב חמותה על הכלה אף לאחר שולאי מת בנה וכיון דבבבלי לא קאמר הטעם דקיימה רק משום דאכלה לגירסני ופליג בזה על הירושלמי ק"ל כתלמודן ואח"כ ראיתי בב"מ שכתב דמשמע מהירושלמי דוקא לרתה אפילו נשואה אבל אחרכייתא כשמת הבעל הזה והיא נשאת לאחר מעידין לה וכ"מ מתלמודן דבעי למפשט חמותה הבאה לאחר מכאן מומנה מת בעלי ואח"כ מת חמי כמבואר במל"מ דמשמע דפשיטא ליה אלו הוו ידעינן שמת בעלה היתה ראויה להעיד לחמותה וממילא ה"ה החמות לה כשנשאת לאחר אלא שהמל"מ מסופק למאי שדחה הש"ס דלמא שא"ה דרגים לה לערה אולי הדרינן וסוברין דאפילו בידוע שמת בעלה נמי אינה מעידה למי שהיתה חמותה מפני השנאה קדומה ולעי"ד ז"א דהתינח לגבי עדות הכלה לחמותה אליבא דר"י אפשר שמרגשת מה שליערה במה שגלתה לבנה אבל שנאת החמות להכלה כע"מ שאינה אלא מפני הקנאה שתירשנה הא כשמת הבן גם קנאתה גם שנאתה אבדה ולמה לא תעיד לה וא"כ ממילא נמי אז הכלה מעידה לה דהא אינה אלא בכלל חמותה להת"ק ובדינא ל"פ עיי"ש ותלי"ת כיוונתי לסברתו ומוכח מהב"מ נמי דאין לפרש כמ"ש הפ"מ דהיה חמיה כאן וקיימה דהיינו דהכירה וליערה חמותה דלהכי אין הכלה מעידה שמת חמיה דהא כיון דאין שנאה לחמותה עליה אחר מיתת בעלה ומעידה על כלתה כשנשאת לאחר ממילא הכלה נמי מעידה עליה דהא אינה אלא בכלל חמותה להת"ק ועכצ"ל כמ"ש אך מ"ש הב"מ דמשמע מהירושלמי דרק לרתה אפילו נשואה לאחר אבל אחרכייתא כשמת הבעל הזה והיא נשאת לאחר מעידין עליה ולפימ"ש ע"כ ר"ח דתירץ תיפתר וכו׳ לא ס"ל הכי וכן לפירש הפני משה אך כיון דתלמודן מוכיח כן כמ"ש הב"מ כן הלכה דלפימ"ש גם מהס"ד דירושלמי מוכח הכי אלא דר"ח אידש טעם מה דחמותה שונאה לכלתה וזה מבואר בבבלי דלא ס"ל הכי וי"ל דלא תקשי לר"ח

לר״ח מזה דתנו בירושלמי לרתה אפי׳ נשואה דמשמע אבל אחרכייתא לא ד״ל הה״ד אחרכייתא רק נולא דלרתה אפילו נשואה ה״א באיכך דנשואה לא דחמותה משום דחוששת דכלתה אוכלת לגירסני כשבעלה יירש אביו וכיון שכן בת חמותה מה״ע שניא לה דאמרה דתאכל לגירסנא דאימא או משום דאימא שניא לה כדקאמר בתלמודן ובת בעלה מאשה אחרת משום דאומרת זאת באה במוקים אמי וכל אלה אינם לצרא דגופא וכשנשאת לאחר הלכה הנשאה ומעידה לכן תני לרתה אפילו נשואה דהוי לצרא דגופה ממילא גם איכך ארבע דתנן אפילו נשואה לאחר כיון דתני כולן ביחד וטעם דחמותה כדא״ח וכמו שפירשתי דהשנאה משום לערה דגופה דקשה כשאול קנאה ובת חמותה משום דאימא שניא לה ובת בעלה משום דאמה כידחת מפניה וגם דכך אשתו השניה לדבר קרה על בתו מאשתו ראשונה ולהרחקיה מבית בעלה לכן השנאה כבושה גם לאחר שנשאת לאחר וכן בת בעלה דרכה לדבר קרה לאביה על אשתו האחרת.

ובנוב״ת ס״ס ק״ד נסתפק אם הבן לקח אשה אחר מיתת אביו ולא ירש מאביו כלום אם חמותה נאמנת להעיד לכלתה דלא שייך זו תאכל כל עמלה ואם נשאת להבן בחיי אביו אף שכבר מת אביו ולא ירש מאומה י״ל כיון שבחיי חמיה היתה חמותה דואגת שכלתה תאכל כל עמלה ואף שהוא עני יתעשר וכיון שכבר תקיע השנאה בלבה עיי״ש ולפימ״ש מוכח מהירושלמי דשנאה מחמת דאגה שתאכל עמלה כשנתברר אח״כ דליכא תו אימתה דאגה לא אמרינן דכבר תקיע בלבה השנאה וגם הב״ת ס״ל הכי ואין ספקו דנו״ב מוליא מידי ודאי דהב״ת אך דכתב הנו״ב עוד די״ל דלא פלוג ותינח להקל אבל להחמיר להעיד לאסרה נ״ל ל״פ.

ס״ה עד שיודעין באם מתאבלין על אשה או רווק שנפל למשאל״ס יש בזה מחלוקת בין אחרונים ונ״ל להכריע עפימ״ש במרדכי פ׳ אלו מגלחין סימן תתקכ״ה וז״ל נהגו העם להתאבל אפילו עפ״י ע״א ואפילו עפ״י אשה שבאה ואמרה במת לו מת וא״י זו מניין דהא מסקינן בפ׳ הא״ר דאין ע״א נאמן וכו׳ וה״ט כיון דע״א נאמן בעדות אשה שמת בעלה אפילו עבד אפילו שפחה ואפילו עמפ״ע להתירה להנשא מהימן נמי לענין אבלות ולא פלוג בין אבלות דאשה לשאר אבלות את״ד ולפ״ז במשאל״ס דלא תנשא אם שני עדים כשרים מעידין דנפל למשאל״ס אם יש לו אשה דלא תנשא ואסיר להתאבל שלא יבאו לטעות להנשא מ״מ ברווק או באשה שנפלה למשאל״ס דליכא חשש ליכא למגזר דהוי גזלג״ז דודאי כל שלא תלינו בפירש בש״ס דגזרו גזלג״ז אין לנו לחדש ול״ל ל״פ להקל שלא יתאבלו ולבטל מלות אבלות כיון דמדינא בחזקת מת רק משום חומרא דא״א לא תנשא וכמ״ש תוס׳ ספ״ק דב״מ דף כף ע״ב בד״ה איסורא אבל׳ כשרק ע״א מעיד על נפילה במשאל״ס כיון דעל עדות ע״א מדינא לא מתאבלין רק משום ל״פ א״כ במשאל״ס דלא תנשא ל״ל ל״פ שיתאבל אדרבה ל״פ ולא מתאבלין כיון דכאמנות הע״א רק משום ל״פ.

איברא דיש ראיה מהש״ס דגזרו גם כה״ג דהא איתא בפר״א דמילה דף קל״ו בשתי עובדות דמת תינוק תוך ל״י ואמרו שלא להתאבל דהלכה כרשב״ג וכתבו תוס׳ בר״פ אשה בתרא דף קי״ט בד״ה מחוורתא משום דלריכה חליצה פטור גם מאבלות שלא יבאו להקל בערוה אף דרוב אינן נפלים והא בפר״א מיירו דאבי התינוק לא יתאבל וכיון דאביו קיים ליכא חשש תקלה באשתו ועכל״ל משום שלא יטעו דאזלינן אחר הרוב ויפטרו אלמנה מחליצה כשתלד וימות הולד תוך ל״י וא״כ ה״נ במשאל״ם ותמהני על מ״ש שבו״י ח״א סימן ק״ב וחכ״ל סימן כ״א דהיכא דאין לו אשה אזלינן אחר רוב לענין אבלות.

והנה תוס׳ כתבו פטור גם מאבלות והובא בחן טוב ודייק מזה דפטור ומותר דרק אם יחויב באבלות יאמרו קמו רבנן במלתא ויבאו להקל בערוה עיי״ש וכן נראה מפרש״י בפ״ ר״א דמילה שם בד״ה לוורכותא בעית למיכל ומטעמים שמאכילין את האבל לכך אתה מתאבל חנם עכ״ל ומשמע דאין איסור אלא בחנם מתאבל כיון שפטור ונראה דמשמע לרש״י הכי דאם היה אסור למה לא אמר לו שאסור דהא מדאמר לו בעית למיכל משמע רק דומש״ה אינו מתאבל חנם אך ברמ״א כאן מבואר דיש איסור להספיד או ללבוש שחורים ונראה לפימ״ש בש״ך סימן קכ״ג דרשות ללבוש שחורים או לאכול סעודת הבראה על אוהבו להראות אבלות ומחות במלטער וכן מלינו בדוד שקיבל הבראה על אבנר אפס להתנהג בכל דיני שבעה לא יאות והדיוט היא העושה כן והובא בפ״ת ליו״ד סימן שע״ה ולכן לא הולרכו חכז״ל להטיל איסור אבלות משום שלא יבא להקל בערוה דכיון דפטרוהו ממילא לא שכיח שיעשה אדם דבר שנקרא הדיוט עי״כ בחנם אבל לבישת שחורים והספד דיכול גם אחר לעשות כן ואין בזה הדיוטות ה״כ אם לא יהא איסור ודאי כשיפול הנופל במשאל״ס וכדומה דרובן למיתה ילטערו קרוביו ויעשו הספד וילבשו שחורים ושכיחא היזקא דיבאו להקל בערוה עי״ז וב״י ביו״ד סימן שע״ה הביא ומטימור בשם תשובת הרי״ף מי שטבע במשאל״ס אין היתר לאשתו וכיון דבחזקת חי קיימא מסתברא דלא נהיגא אבלות והא דתניא בא״ר טבע בנהר או שנפל בים מאימתי מונין לו משנתייאשו מלבקש איכא למימר שנפל ומת או שנפל למים שיל״ס עכ״ל י״ל נמי כוונתו דאינו מחויב לנהוג אבלות אבל אין איסור וכן משמע מלשון דלא נהיגא אבלות דאם היה אסיר הל״ל דלא ינהגו אבלות דהוי משמע דמוטל עליהם שלא ינהגו אבלות וש״ך שם סק״ז דמייתי מהא דכתב רמ״א כאן דאסור בלבישת שחורים ובהספד לענין אבלות אין דבריו מוכרחים.

אך י״ל מ״ש תוס׳ דפטור ולא כתבו דאסור משום דמדינא יש למיזל בתר רובא דאינם נפלים ואפילו לא תחלוץ ליכא איסור מה״ת דאין לחוש למיעוט אבל אין לתקן חיוב להתאבל כיון דאפשר לבא לתקלה כשיזדמן המיעוט שיהא נפל וכה״ג כתב הריטב״א בפג״ה דף ל״ח אהא דאמר הב״ס זרוע בשלה חידוש הוא שמבטל איסור לכתחלה אף דמותר מה״ת לבטל איסור ברוב אפ״ה הוי חידוש בזרוע בשלה במליתו בכך לבטל משא״כ בעלמא הוא רשות ועפ״ז כתבו אחרונים בהא דפ׳ שילוח הקן דף ק״מ גבי שילוח ליפור מלורע דודאי לא מיירי בלפור דעיר הנידחת דלא אמרה תורה שלא לתקלה אף דכשיטלו אחר יהא מותר דכל דפרים מרובא פרים ומותר לבטל איסיר לכתחלה מ״מ לא יעשה תורה מלוה מזה עיין יד אברהם ביו״ד סימן ל״ע ס״ה ולפ״ז י״ל דכ״ז דוקא במת הולד תוך ל״י דלעולם איכא רוב בני קיימא משא״כ הכא דיש כ״פ אומדנות רעועות שמת דגם מן התורה הוה א״א דאין כלאי להוליאה בזה מחזקת א״א ובזה ודאי יש לגזור באיסור שלא יתאבל

יתאבל שלא יטעו דודאי מת ולכן גם במשאל"ם או בשאר אומדנא שעפ"י רוב אסרו דלא נתנו חכמים דבריהם לשיעורין לחלק בין אומדנא לאומדנא ולפ"ז יותר י"ל במשאל"ם שלא יתאבל אפילו ברווק ממה דאמרינן במת תוך ל' שלא יתאבל ובת"ש יו"ד סימן ש"ס כתב להיפך דכפל מיעוט המצוי כמ"ש תוס' יבמות דף ל"ו משא"כ משאל"ם דאינו מיעוט המצוי י"ל יותר דלא נגזר גזלג"ז ברווק והראיה בתוס' יבמות. דף ל"ו ע"ב דכתבו לענין מת תוך ל' דחוששין למעוט לענין חליצה ולענין אבלות משום דהוה מיעוט המצוי ולא כתבו משום גזרה שלא יבאו להקל בערוה וביבמות דף קי"ט שכתבו הטעם דחוששין במת תוך ל' למיעוט נפלים לענין חליצה ולענין אבלות כתבו הטעם משום שלא יבואו להקל בערוה ולא הזכירו משום שהוא מיעוט המצוי וגם בדף ל"ו משמע מתוך לשון התוס' דמדמי מיעוט דמת תוך ל' למשאל"ם כמו דחשו למיעוט במשאל"ם כן חשו למיעוט במת תוך ל' ולא עלה על דעתם להחמיר יותר במיעוט נפלים ודיו לבא מה"ד להיות כנידון.

ועוד נראה דיש להחמיר יותר במשאל"ם כיון דאפשר יתברר איסורו דיעמד חי לפנינו וספק שאפשר יתברר חמיר יותר וכדאמר בר"פ ספק אכל דא"צ אש"ת רק בחתיכה משני חתיכות אחת חלב ואחת שומן ואכל אחת כיון דנשאר אחת אפשר יתברר איסורו דיבא בקי ויכיר הנשאר שהוא שומן לכך צריך כפרה אש"ת ול"ע על התוס' דחוששין למיעוט נפלים מלחוששין במשאל"ם ובגוסס למיעוטא דמאי דומיון דמיעוט במשאל"ם וגוסס אפשר יתברר.

אח"כ ראיתי בהגמ"ר פרק אלמנה ניזונית כמו שכתבתי דרובא דבן קיימא יולדות טובא כרובא דמשאל"ם דאין עולין והוכיח כן מהתוס' הנ"ל דיבמות דף ל"ו ע"ב דמדמה ר"י מיעוט נפלים למיעוט דניצולין במשאל"ם אלא דהדא הן ועוד הביא ראיות עיי"ש סימן ס"ח וזה ודאי איסתמיעתיה להחכ"ם ואפ"ת דר"י שבתוס' יבמות דף ל"ו שם ס"ל דמיעוט דנפלים שכיח ואה"נ דמיעוט הניצולין במשאל"ם נמי שכיח מדמדמה להו אהדדי אבל ר"ת שבתוס' רפ"ג דבכורות כתב דמיעוט ניצולין במשאל"ם לא שכיח מדאמרינן אם נשאת ל"ת אף דיש חזקת א"א עיי"ש מ"מ לפ"ז נ"ל דגם מיעוט נפלים ל"ש מדאמרינן מת תוך ל' ונשאת לכהן ל"ת והתם נמי איכא חזקת איסור לספק וכ"כ להדיא השוא ראיה בהגמ"ר שם.

ב"ש ס"ק מ' ואם אומרים שבעלה גוסס זה ג' אמרינן בודאי מת כ"כ הרא"ש ומרדכי ואגודה בשם מהר"ם ובתוס' יבמות דף קכ"א בד"ה ולא היא כתבו ואע"ג דרובא לו"מ אי סליק קלא אית ליה מ"מ ל"ח לאותו רוב ולא תנשא לכתחלה כמו גוססין דאין מעידין עליהן אעפ"י שרובן מתין עכ"ל ודבריהם תמוהין דבשלמא גוססין רק חד רוב משא"כ משאל"ם לבד רובן לא ניצולים דלהכי אם נשאת ל"ת כדאיתא התם ובלו"מ דרובן אי סליקי קלא אית להו הוי תרי רובי אח"כ מצאתי שכ"כ הרא"ם ופירש כמו בגוסס אם נשאת תצא ה"כ מיהא לכתחלה ל"ת הובא בח"מ סל"א בחקירה ג' ובאמת לשון כמו שכתבו תוס' משמע דשוין וכ"כ האחרונים דגם בגוסס אם נשאת ל"ת ונראה כונת התוס' כיון דרוב גוססין למיתה אם הבריא הוה מלתא דתמיהא טובא וקלא אית לה ואשתו וקרוביו דורשין ושואלין ודאי נודע להו אך במשאל"ם אף ע"ג דרובן אין ניצולין ותמוה נמצא כשניצול מ"מ שמא הוליך הים אותו למרחוק ויצא משם והלך לו ובמקום שיצא לא נודע מנפילתו והצלתו זולת לו"מ דקלא אית לו גם במשאל"ם ובהכי י"ל דעת מהר"ם דס"ל דתלינן בגוסס דודאי מת משום דרוב גוססין למיתה והרי באיסור א"א לא אזלינן בתר רוב כמו במשאל"ם אלא די"ל דס"ל כיון דקלא אית להו הוי תרי רובי ואין לחוש למיעוטא דמיעוטא וכדס"ל לרב אשי ביבמות שם בלו"מ רק התם מסיק ולא הוא ל"ש לו"מ משום דלא נתנו דבריהן לשיעורין משא"כ גוססין דכולהו כשעומדין חי קלא אית להו והא דכתבו תוס' כמו גוססין דאין מעידין שמת אזלו לשיטתייהו דלעיל דף ק"כ ע"ב כתבו בד"ה לאימרא דתנן אין מעידין על הגוסס ואולי גרסו הכי ולא כמצא בש"ס ורמ"א ביו"ד סימן של"ט וב"ש כאן דפסקו כמהר"ם אפשר כיון דמשאל"ם דלא תנשא הוא רק מדרבנן הוי פלוגתא בדרבנן אך הרא"ש עצמו ברפ"ג דבכורות כתב דבגוסס לא תנשא אף דהם דברי ר"ת ובסוף פ' אלו מגלחין הם דברי הר"מ מ"מ נראה דמחלק בין אבלות לנשואין וגם רמ"א לא כתב לדברי מהר"ם רק לענין אבלות ואף דכ"מ דלא תנשא אסורה להתאבל נראה דשאני הכא דהנה הש"ס בפרק כל הגט סימן מית הביא דברי מהר"ם והוכיח דגם לכתחלה תנשא דודאי מת מדאמרינן בגיטין דף כ"ח ל"ש אלא חולה דרוב חולה לחיים אבל גוסס דרוב גוססין למיתה לא דמאי ל"ל רוב גוססין למיתה דאפילו לאו רוב גוססין למיתה אלא דאיכא רובן לחיות חוששין שמא מת דהא גבי חולה א"ל דרוב לחיים לא הוי בחזקת שהוא קיים אלא בודאי ה"ק רוב גוססין למיתה ובחזקת שהוא מת אפילו לקולא את"ד ובאמת מזה אין הכרח להקל שתנשא לכתחלה דאימר כמו במשאל"ם דרובן למיתה לא תנשא לכתחלה ה"נ בגוסס אלא דא"ל רוב גוססין למיתה אפילו נשאת תצא קמ"ל רוב גוססין למיתה ולקולא נמי לענין אם נשאת באופן דאין הדבר ברור לענין לכתחלה ואפילו ת"ל דמהר"ם ס"ל גם לכתחלה תנשא מ"מ הרי הרא"ש ותוס' בשם ר"ת פליגי מ"מ הרווחנו דגוסס קיל ממשאל"ם דבמשאל"ם מבואר בגמרא להלכה דלכתחלה לא תנשא משא"כ גוסס הוי ספק גם לכתחלה וא"כ נהי דבמשאל"ם אין להתאבל משום גזרה שלא תנשא כיון דהאיסור ברור מהש"ס דלא תנשא וגם דיעבד אם נשאת שלא עפ"י היתר חכם תצא כמ"ש בשו"ת מהר"ם סימן תרי"ב ובהגמ"ר סוף יבמות סימן ס"ב משא"כ בגוסס ג' כיון דהוי ספק אם לכתחלה לא תנשא ודאי אם נשאת מעצמה נמי לא תצא ועיין בא"ה"ג לקמן סל"ד בשם הה"ת לכן אין לגזור שלא להתאבל שו"ר בפסקי מהרא"י סימן קל"ט הא דמסיק הש"ס במשאל"ם ל"ש לו"מ לכתחלה לא תנשא משום דלכתחלה אין לחלק בגזרות חכמים.

ולכאורה י"ל דמהר"ם דהורה בגוסס ג' להתאבל ס"ל דאין לגזור שמא תנשא משום דאם נשאת ל"ת וכדאמרינן גבי שחיטה ביו"ד ריש סימן א' ועיין ט"ז שם ר"ס ל"א דהיכא דליכא איסור ברור ובדיעבד כשר מותר לכתחלה על סמך שיבדוק לבסוף ול"ח שמא ישכח כיון דאפילו ישכח מותר דיעבד לא גזרינן אך לפמ"ש לעיל בסמוך שאני התם דלא גזרו לאסור אבל חיוב ליכא משא"כ לומר דחייב כגון הכא דחייב להתאבל בזה אין לעשות חיוב לסמוך על הרוב ולהורות לו שיתאבל בדבר שאפשר לבא לתקלה על צד המיעוט וכה"ג כתב נמי הריטב"א

הריטב"א בגיטין דף כ"ח בד"ה מתניתין המביא גט דדבר התלוי על הב"ד לעשותו אית להו לב"ד לומר ולמיחש לכל מה דאפשר שלא יבא דבר שאינו מתוקן מתחת ידם אף דבעלמא מוקמינן ליה אחזקה עיי"ש ואף דכאן האבלות אין הב"ד עושין מ"מ אם רבנן מחייבי ליה להתאבל הרי הב"ד עושין כיון דמוכרח ע"י הב"ד ובזה מתורץ קושיות הר"ן בפרק האשה שנתארמלה אהא דכותב אדם עדותו ומעיד עליה אחר כמה שנים אם מן הכתב נזכר מהא דפד"א דף כ"א דלא תקנו זמן בקידושין דאם ליכתיה גבי עדים זימנין דלא דכירי וחזו מתוך כתבם ואתי ומסהדי ורחמנא אמר מפיהם ולא מפי"כ ולפמ"ש א"ש דבפד"א אמר דאין ראוי לתקן דבר בחיוב שאפשר יבא לתקלה ע"י התקנה שו"ר בריטב"א בכתובות דף כף ובאס"ז שם בשם ריטב"א תירץ קושית הר"ן.

ב"ן עפ"י ב"ת שמעידים מה שראו בעת לרה אעפ"י שהמירו דתן ומכח אונס וכתב העז"כ ס"ק ס"ב ירא"ה דכתב המחבר אפילו לא ידעינן אם בשעה שראה העדות היה מומר לאונסו דאפשר דהיה יכול לברוח ולא ברח ונתעכב שם והוא פסול לעדות אפ"ה כיון דבשעה שהוא מעיד חזר בתשובה מהני עדותו אך לשון רמ"א דמסיים עלה שמעידים מה שראו בשעת השמד אעפ"י שהמירו דתן מכח אונס ומשמע דר"ל דידעינן שראה העדות בעוד שהיה אנוס אבל אם היה יכול לברוח ולא ברח לא מהני עדותו אף דהשתא עבד תשובה ומיהא תיבת אעפ"י שכתב רמ"א קשה דהל"ל כיון שהמירו דתן מכח אונס עכ"ל וכ"ל דה"פ ל"מ המיר ברלון וא"כ עשה תשובה דהתשובה הגונה דהרלון יוכל להיות גם עתה ומ"מ חזר בו דכבר דל"ל בעדות עגונה תחלתו וסופו בכשרות וכדעת כ"פ שהביא העז"כ כאן אלא אעפ"י שהמיר דת מחמת אונס וכשעבר האונס חזר לדתו נוגא שעבר תהלה על יהרג וא"י והשתא אין זה תשובה דהא אם היה אנוס גם עכשיו לא היה חוזר לד"י ותשובה ה"ד אם נזדמן לו אותו מעשה באופן שהיה כשעבר וכדאיתא בחו"מ סימן ל"ד וה"ע דאנוסים כשרים לעדות גם בשעת אונס כדלקמן קימן מ"ב ומ"ש המחבר כאן על פי בעלי תשובה היינו שעכשיו ילאו מהלרה ואם גם עכשיו עומדים בהמרתן פסולים דעכשיו אינם אנוסים לכן אמר שיהיו עכשיו בע"ת היינו שחזרו לד"י ואין הכונה שעשו תשובה בסיגופים על מה שעברו על יהרג וא"י או כונת רמ"א כלפי דנקט המחבר בשעת הגזרות ומבואר ביו"ד סי' קנ"ז דאפילו על ערקתא דמסאני יהרג וא"י בשעת הגזרה והיינו יבוליס לטעות דבהכי מיירי המחבר קמ"ל רמ"א אפילו המירו דתן מכח אונס דפרקו כל התורה מ"מ נאמנין ואם כן אפשר לפ"ז אם המירו שלא באונס א"כ והעיד מה שראו אז אף דבשעת הגדה כבר חזרו דבעינן תחלתו וסופו בכשרות.

והנה הש"ך בחו"מ סימן ל"ד כתב דפסול מחמת עברה כשחזר בתשובה נאמן על עדות שראה כשהיה פסול ובסימן ל"ה סק"ז לענין האנוסים העלה הש"ך דלריך תחלתו וסופו בכשרות והביא ראיה ובשאני לעלמי כ"ל להכריע דהנה הטעם שכתב הש"ך בסימן ל"ה בתחלה דבידו לעשות תשובה כתבתי בחיבורי ערך ש"י על חו"מ דליתא דהא בהא דאיתא בזבחים דף י"ב הפרים קרבן והמיר דת וחזר בו הואיל ונדחה ידחה כתבו תוס' שם דף ל"ד ע"ב אף דאמרינן בס כל שבידו לאו כמחוסר כיון דלית קשה למה דהוי אין זה קרוי בידו כיון דאין דעתו לחזור אך י"ל לפימ"ש החמ"ח לקמן סי' מ"ב ס"ק י"ז דמוומר שחזר בו בתשובה אמרינן הוכיח סע"ת דלבו היה תמיד לשמים עיי"ש ולפ"ז ל"ל מ"ש תוס' בזבחים שם דלא קרוי בידו כיון דאין דעתו לחזור היינו בשעה שהמיר לא הוי דעתו לחזור ונדחה הקרבן אבל אח"כ אף דעדיין לא ראינו ממנו תשובה בפועל מ"מ כיון דחזינן דשב בתשובה אח"כ הוכיח סע"ת דהיה בדעתו לחזור לכן חיישינן לקידושין דלמא חזר בתשובה בשעה שראה הקידושין וכיון שכן י"ל מה"ט דעבר עברה ועדיין לא שב בפועל מ"מ אם ראה עדות נאמן כששב בתשובה דהוכיח סע"ת דכבר היה לבו לשמים ודעתו לחזור א"כ הוי בידו להכשיר עלמו אך י"ל כיון דאינו נכשר לעדות עד שיזדמן לידו העברה מוין שעבר ולא יעבור א"כ זה אינו בידו אך כ"ז ברגיל לעבור אבל עבר באקראי מיד שהחזיר הגזלה מעלמו הוי תשובה כמ"ש רמ"א בחו"מ סימן ל"ד סכ"ט ובשאר עברה שגי כשיקבל עליו שלא לעבור וכדאיתא בשו"ת מים עמוקים סימן כ"ד א"כ הוי בידו ועוד לפי מה דאיתא בפ"ק דקידושין דף מ"ט דעבר ושנה נעשה לו כהיתר ופרש"י בעובר ושונה כי הדר מהרהר לעשות אפילו לא עביד אין חזרתו לשם שמים אלא שלא הורגל לה עיי"ש א"כ כה"ג חשוב אין בדעתו לחזור ולא חשוב בידו ועיין בחו"מ סימן ל"ד סל"ג בהג"ה ולפימ"ש מתורץ קושית התומים שם ס"ק כ"ח על המרדכי שכתב בפיסול ממון ל"ל תחלתו בכשרות משום דבידו לסלק עלמו בכל עת וכן להש"ך בעברה משום דבידו לשוב דא"כ למה אם היה יודע לו עדות כשהיה חתנו ומתה בתו פסול הא בידו לגרשה ולפימ"ש א"ש כיון שלא היה בדעתו לגרשה ל"ח בידו משא"כ כשחזינן בפיסול ממון דנסתלק הה"כ וכן בעברה דשב הוכיח סע"ת כמ"ש החמ"ח ואפילו גירש מ"מ לא היה בידו דמה אם תימעט ממנו ושלא בפניה א"י לגרשה וגם מה שהקשה תומים שם מהא דלדידי אזיף בריבתא דנאמן לפוסלו דפליך והא ה"ל רשע וכן רב יוסף דק"ל פלוני רבעני לרלוני א"כ דה"ל רשע ולא חילק באמר עשיתי תשובה ולפימ"ש שא"ה דראה העדות בשעה שבעלמו עושה העברה ואז ל"ח בידו דאין דעתו לחזור וכהי דסברת החמ"ח דהוכיח סע"ת רק לעשות ספק דקאי עמ"ש רמ"א שם דבמא עשו תשובה והכי איתא ביו"ד סימן ד' דהוכיח סע"ת הוי ספק הגם די"ל כאן עדיף דפושעי ישראל מלאים חרטה ודעתם לחזור ודאי מ"מ קשה להפקיע ממון ומקתיין דמועיל עדות בזה להחזיק אך בעגונה דבלא"ה מסתבר יותר דא"ל תחלתו בכשרות וכאשר איתא בכנה"ג יש ללרף ג"ז בעבר באקראי שו"ר במאזנים למשפט סימן ל"ד סכ"ט שחילק בין עבר באקראי או רגיל.

ובדג"מ עמו"מ סימן ל"ה כתב דהיכא דאינו מחוסר מעשה אמרינן דבידו להתכשר כיון דסגי בהרהור או אפילו בגזלן כשהרהר בתשובה להחזיר תכף הוא כ"ג אלא כיון שהב"ד אין מאמינן לו עד שיחזיר לכן אין מכשירין אותו עד שיחזיר אבל כיון דמלד הדין כשר הוא לכן לא בעינן תחלתו וסופו בכשרות והובא בפ"ת סימן ל"ד ס"ק מ"ה אך בשו"ת מ"ב סימן כ"א כתב דמוכח מדברי המיסרים והב"י דלריך שיחזור בו ויקבל עליו בב"ד כיון דאינו אלא דברים בעלמא וליכא שום מעשה עיי"ם ול"ע להמ"ב הא דלקמן ס"ם מ"ב ול"ל דבמקום אחר כ"ז שלא קיבל עליו בב"ד לא מאמינן לו דמוקמינן לו אחזקת פסול ולהכי אפילו להחזיק אינו נאמן להיות עד רק בקידושין לחומר א"א לא

קיימינן

שמכינן אחזקה זאת או דמדרבנן לא נכשר בהרהור או בדברים שלא בפני ב"ד ומ"מ גם דברי הדג"מ נסתרין מכח הך דזבחים דאם אין דעתו לחזור ל"ה בידו ועוד הדבר זר לומר דהכשר הרשע לעדות יהא תלוי בהרהור לבו דלא ניתנה תורה למלאכי השרת ולנביאים והתורה אמרה אל תשת רשע עד ולא חלקה בין להוציא או להחזיק או בין קידושין לשאר עדיות וגם כשאח"כ חזינן דחזר למוטב די"ל הוכיח סע"ת מ"מ דרכיה דרכי נועם דא"כ אם קידשה בפני עדים פסולים דאינה מקודשת ונשאת לאחר ואח"כ שבו העדים בתשובה נימא דתלא מפני דהוכיח סע"ת א"ו תורה פסלו לרשע עד דנגלה לב"ד הכשרו ודברי מהר"י מינץ ורמ"א דלקמן ס"ס מ"ב לע"ג אפ"ת דרק משום חומרא דא"א הוא ומ"ש בשה"ג וחלילה לומר לעדים שיהרהרו בתשובה ה"ע כמ"ש לבוש בשה"ג שמא עברו עברה בסתר ולזה מועיל הרהור דכשם שאין ידוע הרהרו א"י נמי פסולו ועיין עין זוכר ומערכת המ"ס אות כ"ף.

ומחוורתא דאפילו הרהר תשובה בלבו פסול לעדות בודאי אך נ"ל בו דיש לו חזקת פסול דהא חזינן לענין קטלנית ולענין רואה מח"ת דלא מתחזיק רק בב"פ או ג"פ לכל מר כדאית לו דכיון דרוב נשים אינו כן תלינן בפ"א דאקראי בעלמא הוא רק לענין נאמנות הו יש חשש כיון דזולת דרובא בחזקת נאמנים אין להאמין וזה אתרע ליה הרוב ולכן כי ראה עדות ואח"כ חזינן דחזר בתשובה י"ל כחזקה דהשתא דאחר שעבר נהרהר והיה דעתו לשוב כיון דאפילו פושעי ישראל מלאין חרטה וחזינן כ"ז דלא עבר ב"פ אפילו חישב לעשות עברה לא מצטרף למעשה דאמרינן דהיה עומד שלא לעבור וכנ"ל והיכא דליכא חזקה דמעיקרא אזלינן בתר חזקה דהשתא וכדאיתא בשו"ת רמ"ע מפאנו סימן ל"ז ועמ"ש בחידושי ליו"ד סימן כ"ה.

ונהי דלא נעשה כשר למפרע לעדות כיון דלא נתברר אז לשום אדם הכשרו מ"מ כיון דדעתו היה לחזור תו הוי בידו ול"ח תחלתו בפסול ואשכי הגדת עדותו אחר שנתברר הכשרו דאגלאי למפרע שהיה בדעתו לחזור והא דק"ל כת"ק דרשב"ג בב"ב דף קל"ח דשתק ולבסוף צווח לא אמרינן הוכיח סע"ת ה"ט מדשתיק רגל"ד דנתרצה ואח"כ חזר בו כדאמר התם מדשתיק קנינהו דהיינו מדשתיק יש הוכחה דקנינהו ועי' תוספת ר"פ הא"ר דף פ"ח בד"ה בדי לי דכדה ל"ה איתחזיק איסורא דלא איתחזיק שתראה לעולם ובפרק הנשרפין דף פ"א ע"ב ברש"י בד"ה עבירות מחזיקות אותו בחזקת רשע הוא ובד"ה תמותת רשע מי שהוחזק רשע עיי"ש הרי דבפ"א אינו בחזקת רשע אפילו לרבי ולרשב"ג אפילו בב"פ ובפ"ב דכתובות כ"ח ב' ת"ק סבר כיון דנכרי הוא ל"ה דייק ור"י בר"ק סבר כיון דדעתיה לאיגיורי דייק מדלא אמר כיון דאיגייר משמע דזה פשוט לכ"ע דודאי הוה דעתיה לאיגיורי רק ת"ק ס"ל דלא דייק.

ולכאורה כליתי לומר טעמיה דהש"ך בפסול מחמת עברה ל"ל תחלתו בכשרות לפמ"ש הרא"ש בפרק שני דגיטין סכ"ו בשם הרמ"ה דאם השליח פסול מן התורה כשנתמנה לשליח וחזר בתשובה קודם שמסרו להאשה דכשר וכתב הרא"ש דכן מסתבר דבני כריתה נינהו ואין פסולין אלא משום דחשדינן להו דמחמת רשעה מסהדי שקרא וכיון דעשו תשובה מהימנו ולא בעינן תחלתו וסופו בכשרות מידי דהוה אפתוח ונסתמא עכ"ל ונהי דמזה אדרבה סתירה להש"ך מדלא הכשיר הרא"ש אלא מידי דהוה אפתוח ונסתמא וכבר כתבו תוס' שם דף כ"ג בד"ה והוא דזה רק בשליח משום דגם אשה כאומנת והרגישו בזה האחרונים מ"מ י"ל גוף הסברא ס"ל לש"ך דרשע פסולו רק דחשיד להעיד שקר וכיון דבשעת הגדה כבר כשר ובע"ת הוא ליכא חשד ומיגלאי למפרע דגם בשעת ראיה ראוי היה להעיד ומצאתי שכ"כ בהג"ה לכוב"ת אחו"מ סימן מ"ה אלא שלא הביא דברי הרא"ש ואח"כ מצאתי במסגרת דר"א על חו"מ סימן ל"ד דהם תירץ זה שהרי קי"ל חשוד לד"א נאמן על דבר אחר שלו ובשל אחרים נאמן גם על אותו דבר ואפ"ה כל שעבר פעם אחד על לאו אחד שבתורה הרי"ז מיד פסול לעדות ומנין אין זה ע"כ כ"א מגזה"כ אל תשת רשע עד וכ"כ הש"ך בעצמו ביו"ד סימן קי"ט ס"ק י"ח והכי מוכח מהש"ך ריש הסימן ל"ד את"ד ול"ע על הש"ך ביו"ד שם מדברי הרא"ש הנ"ל ונראה מה"ע נמי אף דהרהר תשובה בלבו ולא חשיד לשקר מ"מ פסול מן התורה דגזה"כ כ"ז שנקרא רשע פסול והרי נקרא רשע בפי כל היודע שעבר על לאו כ"ז שלא נלקה ולא ראינו ששב ומ"ש הרא"ש דאין פסולין אלא משום דחשדינן להו דמחמת רשעה מסהדי שקרא היינו בשליח הגט דאפילו קרוב ואשה כשרים גם רשע לולא דחשיד היה כשר אבל בשאר עדות פסול מגזה"כ בלאו טעמא דחשיד ולכן לק"מ על הש"ך ביו"ד שם מדברי הרא"ש הללו ולפי מ"ש נחלק בין נתחזק בעברה בין לא נתחזק לק"מ מהרא"ש על הש"ך בחו"מ הנ"ל דהוצרך הרא"ש לומר כן אפילו בנתחזק כיון שעשה תשובה כשר בשליחות גט וגם ממ"ש הרא"ש בתשובה כל"ד שהובא בסעיף זה גבי אנוסים דצריך שיהיו תחלתו וסופו בכשרות ל"ק כיון דנתחזקו הרבה פעמים וב"מ לקמן סימן קנ"א סל"ד הוכיח דלא כש"ך משבועות דף ל"א דראוין להעיד לאפוקי משחק בקוביא מקרבן שבועה והרי ראוין בעושה תשובה עיי"ש ולע"ד אדרבה קצת ראיה להש"ך משם לפמ"ש דיל"ד הא כל עיקרו לומר דגם בפסול רק מדרבנן חשוב אינו ראוי להעיד כמבואר שם ולמה נקט משחק בקוביא והרי כמה פסולי דרבנן יש במשנה פז"ב ובחו"מ סימן ל"ד ויותר הל"ל לאפוקי פסול דרבנן אע"כ משום דשאר פסול מחמת עברה ראוי להעיד בעושה תשובה אף כשראה העדות היה פסול אך משחק בקוביא דאינו פסול רק באין לו אומנות אחרת וכדפסק הש"ס בפז"ב ופסקוה הפוסקים וודאי באחת ושתים ששיחק לא נפסל רק בהרבה פעמים וכל אומנתו רק בזה וכן מבואר להדיא בכס"מ פ"י מה"ע ה"ד דכל שאין נפסל רק משום דאין לו אומנות אחרת אינו נפסל במשחק בפעם אחד ולכן בזה אף דעשה תשובה אח"כ אינו ראוי להעיד על מה שראה כשהיה פסול ורש"י דפירש בשבועות שם דמשחק פסולו מדרבנן משום דאסמכתא הוי גזל דרבנן ע"כ כמ"ש הסמ"ע בסימן ש"ע סק"ג דאל"כ למה שבק רש"י מה דקי"ל דדוקא באין לו אומנות ונקט הטעם דגזל ואסמכתא דאפילו דיש לו אומנות פסול ואיפסקא הלכתא בפז"ב דף כ"ו ע"ב דדוקא כשאין לו אומנות אחרת וכ"ל מה"ע כתב הש"ך כשרים כשחזרו בתשובה אפילו בעדות שראו כשהיו פסולים והלא ליין הס"ק ל"ג עמ"ש המחבר כיון שלקה בב"ד חוזר לכשרותו וע"ז הל"ל דכשר גם על מה שראה כשהיה פסול אע"כ דמודה הש"ך דבשלקה

דבשלקה פסול להעיד על מה שראה קודם רק כשחזר בתשובה אגלאי למפרע דהיה דעתו לחזור ותשוב בידו.

רדב"ז ח"א סימן תרכ"ז כתב בע"א שהעיד ששמע ממומר שאמר משל"ת שמת בעל פלונית והועד על העד שעבר עברה שנכפל בה אם עשה תשובה וכששמע המשל"ת היה ג"כ כשר הוי תחלתו וסופו כשר ונאמן אף דכשהעיד היה פסול כיון שחזר והעיד אחר שכבר עיי"ש שמענו מזה תרתי אחד דתחלתו בפסול א"כ בעדות אשה אף דעבד ואשה כשרים שנית דלא חיישינן דעביד לאחזוקי דיבוריה שהעיד כשהיה פסול אך י"ל לפימ"ש לעיל היכא דמהימן מן התורה לא אמרינן דעביד לאחזוקי דיבוריה ולרדב"ז ע"א כשר נאמן מה"ת ואף דכאן מעיד דשמע ממומר משל"ת מ"מ אינו ריעותא בעד עליו ומהימן מה"ת שכך שמע אבל כשתחלתו בפסול לא מהימן מה"ת אף דבמקום אחר מהימן מדרבנן כעבד ואשה הכא א"כ דיש חשש דעביד לאחזוקי דיבוריה ובהכי מיושב דל"ת ארדב"ז ממ"ש תוספת ורא"ש פ"ב דגיטין דפתוח וכתמא אף דאין סופו בכשרות כשר לומר בפ"כ כשם דאשה ועבד כשר וכן כשנתמנה שליח היה פסול מן התורה ועשה תשובה י"ל בפ"כ אף דאין תחלתו בכשרות והרי גם בעדות אשה נאמנים עבד ואשה ולפימ"ש א"ש דשאני הך דרדב"ז כיון דאינו נאמן מה"ת חיים דעביד לאחזוקי דיבוריה וכשנתמנה שליח כשהיה פסול עדיין לא העיד בב"ד וליכא חשש אחזוקי דיבוריה.

אך ק"ל לרדב"ז דתחלתו בפסול לאו גזה"כ אלא כיון דאז בשעת ראיה פסול היה לא דקדק בעדות כהוגן והוי כמלתא דלא רמיא אכפיה ודומה למ"ש בחו"מ סימן ל"ה ס"ז וכמ"ש בא"ע חו"מ סי' ל"ד סכ"ע ס"ק ל"ו ולהכי ל"ד לאשה ועבד דכשרים בעדות מיתה דרק מגזה"כ פסולים וכיון דרבנן תקנו להאמינם דייקו בשעת ראיה ומש"כ הך דכתבו תוס' דפתוח וכתמא נאמן לומר בפ"כ דכיון דהיה ראוי לעדות בשעת ראיה שפיר דייק ועכשיו דכשתמא מגזה"כ פסול בשאר עדות ולענין בפ"כ הימנוהו רבנן כמו עבד ואשה אך מ"ש הרא"ש ג"כ לענין שהיה רשע כשנתמנה לשליח צ"ע דיי"ל נמי כיון שהיה רשע לא דייק רק טעמא שכתב הבא"ע דהוי כמלתא דלא רמיא אכפיה י"ל כיון דנתמנה לשליח רמיא אכפיה ודעתו היה לחזור בתשובה שיוכל להעיד משא"כ מלתא שראה בלא הזמנה לעד אך להש"ך ל"ל דק"ל שאני גר דאין בידו דמי יימר דמזדקקי ליה תלתא כדאיתא בקידושין פרק האומר דף ס"ב ולהכי אף דדעתיה היה לאיגיורי ק"ל לת"ק בספ"ב דכתובות דלא הוה דייק משא"כ בעבר עברה בידו לעשות תשובה במעשה דל"ל ב"ד כמ"ש הח"ב סימן כ"א או שקיבל עליו בפני חכם ואפילו ב"ד של שלשה יותר יזדקקו לו מלגר דקשים גרים לישראל כספחת וצריכי מעשה רבא הודעות מצות ומילה ובפרק כירה דאמר מי יימר דמזדקק לו חכם היינו באותו יום שבת משא"כ כאן אם לא יזדקק לו אותו יום יזדקק לו ביום אחר ואינו רק מחוסר זמן.

ס"ח אם בא העד שאמרה משמו מת ואמר שלא אמר מת לא מהימנא כ"כ הרמב"ן באמרה פלוני תיקן הכרי זה או כתם זה ובעז"כ סק"י ס"ו הקשה נהימנה במגו דאי בעי אמרה אני ראיתיו מת ותירץ משום דהאשה בחזקת א"א והבעל בחזקת חי הוה מגו להוציא דל"א ול"ל בפלוני טיהר לי הכתם דליכא חזקה איירי דלית לה מגו דכבר ראה הבעל הכתם והוצרכה לשאול לחכם וכ"כ בני אהובה פכ"ג מה"א ה"א וכן נ"ל דאם כשלא ראה הבעל הכתם עד שהראתה לו ותכ"ד אמרה פלוני חכם טיהר לי דנאמנת להכחיש החכם דהפה שאסר הוא הפה שהתיר ובבעל יש חזקה שלא ניתקן עדיין אך קשה הא כתבו תוס' ביבמות דפ"ח ובכתובות דף כ"ב ובב"ב דליכא חזקה דא"א דחזקה דדייקא ומנסבא מרעא לחזקת א"א ולהכי בתרי ותרי רק באש"ת ולא בחנק ובחטאת עיי"ש דא"כ מוכרח דמרעא גם לחזקת חי והק"ל ליהמנה במגו ואי דמ"מ איתחזיק איסורא בזה ודאי מהני מגו דעד כאן מבעיא בפ"ק דב"ב רק אי מועיל מגו נגד חזקה דחזקה הוי כודאי משא"כ איתחזיק אינו רק לענין אשם תלוי לעשות ספק.

ונ"ל לפימ"ש כמ"י בפמז"ה בהא דקשתא בעילותא דלא אמרינן מגו רק אם לבתר דהימנינן ליה במגו תו ליכא ספקא אבל במלתא דאף כי נימא מגו אכתי איכא לספוקי לא אמרינן מגו דלא עדיף אנן חיין שנאמין כ"כ לדבריו משום מגו עד שנצטרך לברר ספק אחד מדעתינו עיי"ש שהן דברי הרמב"ן והמפרשים לכן ה"נ אף לאחר דנאמינה שפלוני אמר לה דמת בעלה עדיין איכא לספוקי אם אותו פלוני אמר אמת ומפרע דעתה מכחיש וצריכין לברר מדעתינו דמלתא דעל"ג לא משקרי כולא האי לא אמרינן.

ועדיין צ"ע לפימ"ש מהרי"ק בשרש ע"ב דהא דע"א נאמן בדבר שבידו נגד חזקת איסור דדבר שבידו פועל לגרוע החזקה הובא בהגרע"פ ביו"ד סימן קכ"ז א"כ בפלוני כהן תיקן לי הכרי הרי בידה היה לתקן הכרי ולמה לא נאמינה במגו להכחיש את הכהן דהא ל"ה מגו נגד חזקה.

ולכן נראה לפימ"ש בא"ס"ז בפרק המדיר דלהכי נאמן פלוני שאמרה בשוו להכחישה כיון שתלתה בו הא המכית עיי"ש וא"כ הוי מגו במקום נאמנות דל"מ כמבואר בחו"מ סימן ע"א ס"א בהג"ה ובש"ך שם אך אינו מובן מה הימנה בזה.

ולשון הירושלמי פ' המדיר ה"ו וכולהו בעדים פלוני ראה כיתמן פלוני קלה חלתה ויל"ד דהל"ל כתמה כמו חלתה ונראה משום בכתמה שתמא יש לה מגו אף דתחלה לא אמרה שעברה בשוק ש"ט או נתעסקה בכתמים מ"מ נאמנת א"כ לומר נזכרתי דהא דבחו"מ סכ"ע דעדים א"י לחזור ולומר נזכרנו כיון שהגיד א"ח ומגיד וזה דוקא כשאמרו תחלה בב"ד ובחו"ד סימן קפ"ה כתב דאשה שאמרה טא"ל א"כ לחזור בה בלא אמתלא אף דלא אמרה בב"ד משום דשאנח"ד עיי"ש ומבואר בבד"ה בשער התערובות דבאיסור דרבנן לא מפיו אנו חיין להאמינו משום דשאנח"ד לאסרה עליו וכ"כ הפנ"י בפ"ק דכתובות דף ט"ו וא"כ כתם דהוא רק מדרבנן ל"ל משום שאנח"ד ויכולה לחזור ולומר נזכרתי שעברתי בשוק ש"ט או נתעסקתי בכתמים טרם שפשטה חלוקה דא"כ גם על חלוקה איבעי לאסתכוחי כדאמרינן בנמצא על בשרה ולא על חלוקה ביו"ד סימן ק"ל ס"א וז"ש פלוני ראה כיתמן כיון דנמצא על חלוקו והוא יודע דלא עבר בשוק ש"ט ולא נתעסק בכתמים וודאי ממנה הוי כתם של שניהם דממנה הוא ועל חלוקו הוא עכשיו וגם נמצא בשכיבת שניהם ומזה מוכח דלא כהפמ"א דנמצא על חלוקו לא גזרו בו משום כתם והובא בפ"ת ליו"ד סימן קפ"ז וסימן ק"ל ולפ"ז מוכח כרמב"ן דמ"ש הירושלמי בעדים אין הכונה דעדים אומרים דלא זה ידם מהחכם אלא בעדים היינו שאמרה בפניהם פלוני ראה כיתמן דאם

דאם הפירש שמעידים דפלוני לא ראה הכתם למה לא נקט כתובה דמגו במ"ע ל"א ובבבלי נקט פלוני חכם טיהר לי את הדם דאינו כתם וכיון דאמרה מתחילה הדם שאכה"ד ותו א"י לחזור בה ובשאמרה אח"כ החכם טיהרו לית לה מגו.

כתב הח"מ סק"ז זה פשוט שכל שהעידו שני עדים ומפי ע"א א"כ להכחיש אך יש להסתפק אם יכול העד הראשון לומר שקר הגדתי לך וכבר כתב הר"ן בתשובה סמ"ז שאף שהגדתו מועלת חוץ לב"ד מ"מ אם אמרו אח"כ משודין הייתי נאמנים עכ"ל ולי נלע"ד לפמ"ש בחו"מ סימן פ"א שאפילו העידו שני עדים שזה הודה שחייב לזה והוא מכחיש להד"מ פטור דמילי דכדי לא דכירי אינשי כיון שי"ל משטה הייתי בך ועש"ך שם שכן הסכמת כה"פ וא"כ ה"נ כיון די"ל משודה הייתי הוי מילי דכדי ה"נ י"ל לא אמרתי אף ששני עדים מכחישין אותו וכן מוכח בריטב"א פרק שבועת העדות דף ל"ב באמר לה העד מת בעלה ואחר שבא לב"ד מכחיש דלא אמר אף את"ל דהאשה נאמנת שכך אמר לה העד מ"מ כיון דתחלה אמר חוץ לב"ד ול"ל בזה כיון שהגיד א"ח ומגיד ה"נ כשמכחיש שלא אמר ואף דהאשה בעצמה יודעת האמת שכך אמר לה ואפילו תהא נאמנת להכחיש העד מ"מ שלא כדין תנשא כיון שיכול העד לומר משודה הייתי וע"כ מטעם שכתבתי עוד כתב הריטב"א שם בדעת רש"י כיון דרבנן התירוה להנשא עפ"י ע"א שאמר לה כן חוץ לב"ד מתוך חומר שהחמרת עליה בסיפה מעתה הרי האשה כב"ד בענין זה ואלו היתה האשה נאמנת להכחיש העד אין העד יכול לחזור ולהגיד אלא שאינה נאמנת להכחיש העד כיון שתלתה בו וכמ"ש הרמב"ן את"ד שם ומבואר דבזה ל"ל משודה הייתי אף שאמר לה חוץ לב"ד דהוי כהגיד בב"ד וקברתו כיון דרבנן התירוה להנשא עפ"י ע"א שאמר לה כן חוץ לב"ד ומן התורה היה צריך שיגיד בב"ד הרי עשאוה כאלו הגיד בב"ד דשוב א"ח ומגיד ואין חולק על הר"ן בתשובה שם דהר"ן לא כתב דינו רק באמר על טומאה וטהרה ואיסור והיתר או שיבמה של האלמנה חי דבכה"ג לא עשאוה רבנן כאלו הגיד בב"ד אלא דמדינא א"ל הגדה בב"ד ועמ"ש לקמן סעיף כ"ף.

ובעז"נ כתב ע"ד הח"מ דהדבר פשוט דנאמן העד הראשון לומר שקר אמרתי לך מגו דיכול לומר לא אמרתי לך שמת בעלה וביאח"כ פשוט לאידך גיסא בריב"ש סימן קל"ג והובא בכנה"ג בכ"מ ובכנה"מ סימן ע"ב סק"י ובסימן ע"ט דאפילו יש לו מגו דבידו אינו נאמן לומר מה שהגיד בראשונה שקר אמר והביא ראיה לזה מפי"כ כשאמר עבדי הוא וחזר ואמר בני הוא אינו נאמן אף די"ל מגו דבידו ליתן לו כל נכסיו במתנה.

ובשו"ת ב"י כתב כיון דבעדות אשה זה שמעיד שמת בעלה מהימן כשנים בשאר עדיות ה"נ מהימן השני להכחיש הראשון כאלו שנים אומרים דהראשון אמר להם שמת בעלה ואח"כ אומר הראשון שלא אמר והוכיח כן מפרק שבועות העדות דל"ב דאר"פ אם אמרה לדידי אמר לי שמת בעלי ואח"כ השביעתו שיבא ויעיד ומכחיש דפטור דלא אפסדה כלום דהיא נאמנת שכך אמר לה עיי"ש וכבר הקשה הר"ן שם כן ורמב"ם בפ"י מהלכות שבועות השמיט הך דר"פ ונראה כיון דאמרינן חזקה אשה דייקא ומנסבא הוי כקים לן בגוה דלא משקרה דאיתא בפ' הכותב דף פ"ה דאר"פ קרענא לשטרא אפומיה ופריך הש"ס קרענא ס"ד הא צריך שני עדים אלא מרענא וס"ל לרמב"ם דר"פ באמת אמר קרענא דק"ל דע"י הוכחה דקושטא קאמר הוי כשני עדים אלא דהש"ס פליג דלא אהני הוכחה להיות כשני עדים ואם כן לר"פ אף דהכחישה העד היא נאמנת כשני עדים ולא אפסדה כלום ולדידן ל"ה כשני עדים רק משום עגונה אפקינהו לקידושין וכדעת הריב"ש בשיטת הרמב"ם וגם לתשב"ן וכו"ב רק בעד כשר ומעיד שראה בעיניו שמת בעלה נאמן מה"ת אבל משום דייקא ומנסבא רק מדרבנן מותרת וכיון דאינה כשני עדים נאמן הראשון להכחישה ואפסדה בכבישת עדותו.

עוי"ל לפמ"ש לעיל הא דלא מהימנת דכך א"ל העד דמת בעלה במגו שיכולה לומר סתם מת בעלי משום דאפילו אמר העד דמת בעלה אינו דבר ברור לגמרי שהאמת כן רק מסברא אמרינן וכמ"ש מן הגמ' אך זה דוקא אם ע"א לא מהימן מן התורה רק רבנן הקילו מסברא דמלתא דעל"ג לא משקרי אבל אם מן התורה מהימן ע"כ דחשוב כשני עדים וזה תליא בהך דקים ליה בגוה דלא משקר אם מועיל לאפוקי ממון כשני עדים הרי דלא הקפידה תורה דוקא אשני עדים אלא סגי אם יש לנו אומדנא דזה העד אחד לא משקר אבל אם לא סמכינן לאפוקי ממונא על קים לי בגוה הרי דוקא שני עדים ולכן לר"פ דאמר דע"י ק"ל בגוה קרענא לשטרא הרי מועיל כשני עדים ומש"כ להש"ס דפליג ורק מרענא לשטרא לא. אהני שום אומדנא להאמין לאחד כשנים רק רבנן הקילו משום עגונא וכדמסיק הריב"ש בשיטת הרמב"ם לכן לא מהני מגו שלה ואפסדה ממון כתובתה בכפירת עדותו לכן השמיט הרמב"ם הך דר"פ ובתשב"ץ ח"א סוף שאלה פ"ד מדמה הך דר"פ דק"ל בגוה להא דעל"ג לא משקר דהתם ק"ל להדין בלבד דלא משקר והכא בעל"ג ק"ל לכ"ע דלא משקר ולשיטתו דעל"ג מועיל גם להוריד לנחלה ומהכי מן התורה כשני עדים עכל"ל דזה עדיף מהך דק"ל דר"פ דהא התם לא קרעינן לשטרא ואינו מדמה להו רק דמלינו דסמכו חכמים אאומדנא ולא הצריכו דוקא תרי סהדי אבל להריב"ש באמת שוין ממש וכמ"ש.

עוד בח"מ דאם בא העד ומיירי אחר שהתירוה לינשא דאם בא מקודם אפילו עד אחר כמי לא תנשא ובקש"י חולק עליו לפמ"ש רב"י ביבמות פ"ה ב' דכיון שהתירוה היא בחזקת היתר תו אינו נאמן ע"א כנגד חזקה ופ"ת תמה עליו דקי"ל לקמן סל"ה אפילו ע"א נאמן להכחישה אפילו אחר שהתירוה לינשא וגם על הח"מ קשה דלפ"ז הדק"ל עיי"ש.

ונראה דלפ"ד רש"י והפוסקים הא דמתירין אותה עפ"י עצמה או ע"י ע"א משום דאפקינהו רבנן לקידושין דמה"ת אין אחד נאמן וא"כ ע"י התרת ב"ד רק יצאה מחזקת א"א אבל מחזקת חי לא יצא הבעל ולכן ע"א כשבא ואומר לא מת מסייעו חזקת חי כנגד חזקת היתר שלה ומש"כ כשבא ואומר לא אמרתי לך שמת בעלך לא מסייעו כלל חזקת חי דבין אומר בין לא אמר אפשר חי ואפשר מת דהא מעולם לא היה נאמן לאפוקיה מחזקת חי וגם עכשיו אינו אומר דבעלה חי ומ"מ לפמ"ש באה"ז הכ"ל דלהכי נאמן הראשון להכחישה כיון דתלתה בו היתניה א"כ אפילו כנגד חזקת היתר שלה נאמן וכדאיתא בקידושין דף ס"ו אי מהימן לכך ז"ל אפקה וכ"ש כאן דהאשה בעצמה האמינה אותו דהוי כנאמן עלי אבא וכראה כיון דהיתה יכולה לומר שמעתי שמת בעלי ולא תפרט פלוני אמר לי אע"כ הייכו

כונתה

כונתה יכולים אתם לשאול פיו ותבואו על האמת לכן הוי כאומרה נאמן עלי אם יאמר שלא אמר לה או כיון דבעלמא תלתה בו הרי מהימן לה גם כנגד חזקת א"א וחזקת הי וכ"ז צ"ע דודאי שפיר קאמר הקה"י דרכיה דרכי כועס ואיך יתכן שיוכל להכחישה אחר שתנשא ויהיה בניה ממזרים הן בקדושיו לא יאמין ושונא יתהפך לשקרן וחזקה נ"מ על להבא דשמא מת ל"ח ולשמא ימות חיישינן כדאיתא בגיטין דכ"ח ה"נ עד עכשיו מוקמינן לו בחז"כ ובמה יצא מחזקתו אח"כ.

עו"ב בחמ"ח ויש להסתפק אם היא אמרה בשם שפחה ואח"כ בא השפחה ומכחשת אותה וכתב בשו"ת רע"ק בהשמטות לסימן קי"ג דלא הבין הספק דהאשה שם פסול עלה כמו השפחה ורמב"ן כתב דכל עמפ"ע ראשון נאמן אף דשניהם שוים גם הקשה על רמב"ן איך למד דבשניהם שוים הראשון נאמן מפלוני חכם טיהר לי הכתם' דהתם הוי פסול מפי כשר עיי"ש ולאו"י מה ק"ל על רמב"ן נהי דאשה פסולה לעדות אבל לענין נדתה תורה אמרה וספרה לה וכשרה כהחכם וקושיתו על החמ"ח י"ל דהחכם יש לו רק חד לריעותא דאינו רק חד דשנים ודאי נאמנין עליה בלא טעם דתלתה בו ולכן י"ל כיון דתלתה בו הימנה אותו אבל כאן אחר שהתירוה דיש לה חזקת היתר היה צריך שנים להכחישה כמ"ש קה"י ונהי דבחד כשר דאינו רק חד לריעותא י"ל דהימנה אותו אבל שפחה דהוה חד לריעותא דאפילו עד כשר בעלמא אינו נאמן ושפחה יש לה עוד ריעותא דאפילו שתים אין נאמנות ובתר"ל לא מהני קבלה בעלמא כדאיתא בחו"מ סימן כ"ב.

הג"ה ואין הב"ד צריכין לשלוח אחריו אעפ"י שהוא בעיר וב"ש מסיק דוקא גוף העדות איך ידע אז אם אפשר שואלים אותו אבל אם העד השני מפרש שפיר עדותו א"צ לשאול את העד הראשון עכ"ל אך בריטב"א שבועות דף ל"ב כתב וז"ל שהדבר מסופק כשאומרה שאמר לה ע"א שמת בעלה והעד מצוי אם חייבין ב"ד לבאר את פי העד ומיהו כי ליתיה לעד פשיטא דמהימנה אעפ"י שפירבה מגו דאי בעיא אמרה סתם מת בעלי ונראה דחייבין וכן נראה מלשון רבינו הרמב"ן ז"ל עכ"ל ומדכתב כי ליתיה לעד פשיטא דמהימנה מבואר דמה דמסופק כי מצוי משום דלא סמכינן על נאמנותה כשאפשר לברר וע"ז מסיק דחייבין לשאול את הראשון וכיון דרמב"ן וריטב"א הכי ס"ל ורמ"א וב"ש לא ראו אותם ודאי כרמב"ן וריטב"א יש לעשות אף די"ל דמנ"ן לשיטתו דראשון נאמן להכחישה אפילו להפסידה כתובתה א"כ הוי בירור גמור לכן צריכין לשואלו כשמצוי אבל להש"ע דפסק בריש סימן קט"ו דבלא עדים אין מפסדת כתובתה רק לענין איסור פסק כהרא"ש דהכריע דראשון נאמן א"כ גם כשיכחישה הראשון לא יהא בירור גמור בכה"ג א"צ לברר וכמ"ש האחרונים לענין ס"ס אם צריך לברר היכא דלא יתברר כל השני ספקות בודאי מ"מ הא הב"ש בעצמו כתב בסימן קט"ו דרמב"ם וסמ"ג ס"ל כרמב"ן דמפסדת כתובתה ע"י הכחשת החכם וגם באיסור דרבנן נאמן הראשון להכחישה הרי מיחשב כודאי לענין איסור דאל"כ הוי ספק דרבנן ומפרש בכתם דמבואר בנדה דלא אמרו להחמיר בדבר אלא להקל ויש לה חזקת טהרה ומ"מ נאמן הראשון ואסרינן.

והב"מ כתב דרמ"א הוציא הדין מדכתב הר"ן בפ' שס"ע דלא היתה צריכה לעדותו דהיתה יכולה ללכת לב"ד ולומר מת בעלי וכו' וע"כ מ"ש דהיתה יכולה לומר מ"ב ל"ד דהא חלילה לה לשקר ולומר מ"ב דמשמעותו מת בפניה אע"כ כונתו בתאמר פלוני הגיד לי שמת בעלי ובודאי שמשמעות לשון ר"פ היינו כשהמגיד היה בתוך העיר ואף חוץ לב"ד ואלו הדין שצריך הב"ד לשלוח אחריו מה היה מועיל הגדתה בשמו ואנן היינו שולחין אחריו והרי כהוגן השביעתו ולמה פטור מק"ש אלא משמע דא"צ לשלוח אחריו את"ד ולא ידענא מה יענה למ"ש הר"ן שם דהיא גרמה לנפשה שהשבעתו שאלו רצתה לומר מת בעלי סתם מצי אמרה הכי עפ"י דבריו של עד עכ"ל ודאי לשון סתם היינו שלא הזכיר שמועה מאחר וכתב דמצי אמרה הכי ואדרבה בריטב"א שם כתב דמהתם נלמוד שהאשה שאמר לה ע"א שמת בעלה יכולה היא ללכת לב"ד ולומר מת בעלי סתם ותנשא ומדכתב הרמב"ן שאלו רצתה אמרה סתם מת בעלי נראה שאם אמרה שע"א אמר לה חייבין לשלוח אחריו את"ד ומה שהקשה הב"מ דהיה לו לכתוב הג"ה זו לעיל ס"ג לק"מ משום דה"א אחר דכתב המחבר שאם בא העד שאמרה משמו מת ואמר שלא אמר מת לא מהימנא ג"כ חייבין ב"ד לברר ולשלוח אחריו דשמא יבא ויכחישה לכן כתב דא"צ לשלוח אחריו.

ס"ט עד אומר וכו' כ"כ הטור בשם הרא"ש ויליף לה בתשובה ככ"א ס"ד ויבמות דף קי"ח בשתי צרות אחת אומרת מת ואחת אומרת נהרג ר"י ור"ש אומרים דינשאו וב"י תמה על הטור דהביא מהרא"ש והיא משנה מפורשת ולי צ"ע די"ל כיון דחזקה א"א ולא לו כדאיתא בקידושין דף ס"ג ע"ב א"כ זה העד שהעיד שקר ע"כ ומחמת שסברתו א"כ כיון דמה"ת אין ע"א נאמן בעדות אשה רק רבנן הקילו משום דאשה דייקה וכאן יש רגל"ד דמהדרה אחר עד שקר נהים גם השני סברתו להעיד שקר וביבמות דף ה' ע"ב הכי איתא דאתאי סהדי ואישתקור אייתי סהדי ואישתקור אזלה אייתי סהדי אחריני דלא אישתקור אר"ל הוחזקה זו ור"י ור"א דס"ל אם זו הוחזקה כל ישראל מי הוחזקו י"ל דוקא בתרי סהדי משא"כ הכא בחד סהדי ובזה י"ל טעם למ"ש הסמ"ע בחו"מ סימן למ"ד סק"ע בזה מעיד הלוהו שמן ושני מעיד אז היתה הלואה של יין בטלה עדותן ואפילו שבועה א"צ הלוה ומשום דע"א ודאי שקר חיישינן דהתובע חזר אחר עידי שקר כיון דחזקה א"א ולא לו תלינן הריעותא בזה שהביאן ואת"ל התם דלא כהסמ"ע משום דמה"ת ע"א מחייב שבועה דלא חשה התורה לענין שבועה שסברו משא"כ כאן ואף דהתם במכות אייתי שני פעמים מ"מ הה"ד בפעם אחד רק מעשה שהיה כך היה כמ"ש הריטב"א בשיטת הרי"ף וכ"כ המלחמות שם דגם בחד זימנא רגל"ד דהמביאן מהדר בתר סהדי שיקרא והא דצרות אחת אומרת מת ואחת אומרת נהרג שאני דל"ל חזקה א"א דלעצמן מעידין ואם אחת משקרת ליכא ריעותא לשניה כלל וכל חדא מעידה לעצמה ונשאת עפ"י עצמה ולפ"ז גם מ"ש הב"ש נהי דאחד משקר נשאר השני כשר ודי בעגונה ע"א לפימ"ש אינו וצ"ל הרא"ש דל"ש ליה בין עדים לצרות או דס"ל כהרז"ה במכות דבפ"א לא הוחזקה או דל"ש ליה בין ע"א לשנים וכמו דקי"ל כל ישראל מי הוחזקה כר"י ור"א לענין שני עדים ה"נ לענין ע"א או דס"ל דכאן לא מחזיקינן לשום אחד שהעיד שקר במכוון רק לא דייק כיון שידע שמת וטעה בין הריגה למיתה וכמ"ש הר"ן והובא

בב״י חו״מ סימן כ״ט ובטו״ז שם בסימן למ״ד ס״ג דיש לחלק דברי העדים אפילו במשמעות רחוקה שלא יהיו מוכחשים וראיית הרא״ש מהלכות הוא כך דאם איתא בהוכחשו אמרינן דאחד משקר במזיד ה״כ הל״ל בהלכות דאחת משקרת וכיון דלא ידעינן איזה היא לא תנשא שום אחת דשמא זו המשקרת ובעדות צרתה אין משיאין ואיך מתירין אותן הב״ד בבת אחת דהא בשני שבילין בב״א לד״ה טמאין כדאיתא בפ״ב דכתובות דף כ״ז ומשנה דיבמות שם בבת אחת מיירי כמ״ש תוס׳ שם בד״ה דכל ועכ״פ טובא קמ״ל הטור דיש לדחות הראיה דלעולם כיון דמכחישות זא״ז ודאי אחת משקרת ומ״מ ינשאו שתיהן דכל חדא בפני עצמה עומדת ואומרת דבעלה אינו קיים ומדינא להתירן אפילו בב״א דהא בשני שבילין נ״כ מדינא אפילו בב״א טהורין רק מדרבנן אסרינן משום חוכא ואטלולא כמ״ש מהרי״ל בתשובה קכ״א וה״ד התם כיון דאחד ודאי הלך בשביל הטמא מחזי כחוכא כשניטהר שניהן בב״א משא״כ כאן אם ינשאו שתיהן אפשר באמת מת הבעל ושניהן מותרין ועוד הא ביבמות דף קי״ט ע״ב בעי לומר לר״א צרה מעידה לחברתה ונהי דלא קי״ל הכי מ״מ לעלמא לא מחזי כחוכא ולדינא בלא״ה כל חדא וחדא מעידה לעצמה.

ובירושלמי אמרו ר״א ור״י מודו ר״י ור״ש בעדים דאחד אומר מת ואחד אומר נהרג דלא תנשא דשאני צרה דלא עשו דבריה אצל חברתה כלום וצריך להבין בשלמא כשאחת אומרת מת ואחת אומרת לא מת שפיר לא עשו דברי האומרת לא מת אצל חברתה כלום משום דמוכחות זא״ז אבל בשתיהן מודות שמת רק זאת אומרת מת וז״א נהרג דשתיהן באין להתיר עצמן הוי הכחשה כמו בעדים וכמ״ש התוס׳ שם בד״ה דכל ולפימ״ש א״ש דבצרות ל״ל חזקה א״א ולא לו לתלות הריעותא בחברתה משא״כ בעדים ע״כ הריעותא מחמת האשה וכמו שכתבתי.

וכבר ראו כן תמהו הכו״ב ושאר אחרונים על הרא״ש וטוש״ע שהוא נגד הירושלמי אך לפימ״ש יש מקום ברא״ש ליישב דלכאורה למה כחוש שסברה השני עדים מחמת דחזינן דאחד העיד שקר הא סגי לה להתירה בע״א ולא שדי אינש זוזי בכדי אך כיון דהכן בר״פ הא״ר דאם נשאת שלא ברשות ב״ד רק ע״י שני עדים מותרת לחזור לראשון שפיר יש לחוש דמש״ה שכרה שנים אך הא מסקינן דאין הלכה כך כדמסיק שם דף ל״א ע״ב ומוכח בירושלמי דר׳ יוחנן ס״ל כמתניתין דנשאת שלב״ד מותרת לחזור לראשון דערה לפרש שם טעמא דמתניתין והדר קאמר הא דתנן במתניתין ניסת עפ״י ב״ד תצא ופטורה מן הקרבן ליתא ואינה הלכה ולא קאמר כן אריסא דנשאת ברשות מותרת לחזור לראשון דאינה הלכה עכצ״ל דס״ל דכן הלכה לכן קאמר בעדים מודים ר״י ור״ש דלא תנשאו ואף דמעשה שהיה בתשובות הרא״ש היה בתחלה העיד אחד על מיתת בעלה ובנו קברו ואח״כ נתקלקו מקבלי העדות ונאבד הגביית עדות וישבה עגונה עד שבאו שנים והעידו שנית ונשאת ואח״כ נמצא גביית העדות הראשון ואחד משני עדים האחרונים העיד שראה שבא כתבים לבן בעלה שמת אביו ונהג אבלות א״כ היה ההכחשה מעד ראשון להאחרון וי״ל שמא שכרו גם שניהם כיון דגביית עדות הראשון נאבד הוכרחה לשכור זה מ״מ י״ל כיון דבאחרונה באו שני עדים והיה די לה באחד למה תשכור שנים ועוד הריעותא של הכחשה נולד בעד שבא לבסוף י״ל השתא דאתרעי ולא כשהעיד הראשון ועש״ך חו״מ סי׳ ש״ו ס״ק כ״ו דלא אמרינן אטו כולהו כשי דינא גמירי אלא במקום שמפורש בש״ס ושם יש טעם בדבר ואף דכי׳ דהרא״ש וטור לא ס״ל הכי היינו בדבר שפליגי הפוסקים עכשיו וכמ״ש שם תומים.

והא דס״ל לר״י בירושלמי שם בשתי כתי עדים שהוכחשו דבטלה העדות אף דר״י ס״ל במכות כל ישראל מי הוחזקו היינו משום דבטלה מקצתה בטלה כולה היכא דצריכים שני עדים כשרים משא״כ בעדות אשה וכדמחלקי הב״ח בשו״ת סימן ל״ד ועה״ג סימן ס״ז ושאר אחרונים ורב דס״ל בירושלמי בכל עדות שהכחישו זא״ז דלא בטלה העדות והביא ראיה מהלכות שאחת אומרת מת ואחת אומרת נהרג דינשאו צ״ל דל״ש ליה בין עדות עגונה לשאר עדות או דגם בשאר עדות לא אמרינן בטלה מקצתה בטלה כולה מחמת הכחשה שביניהם משום דתלינן דטעו וס״ל לרב דאם היו אומרים דחד כת משקר הל״ל כן גם בצרות ולא ינשאו שתיהן כיון דלא ידעינן איזה משקרת ובעדות חברתה הצרה אין מתירין אותה א״ו דמתרצין דבריהן דאחת טעתה בין הריגה למיתה אבל אמת ידעה דאינו קיים אח״כ ומצאתי בספרם יעקב על יבמות בדף קי״ח בתוספת ד״ה ומכחישות שהעלה בכונת התוס׳ שם דמספ״ל אם אחת משקרת די״ל שתיהן אסורות כיון שאין אנו יודעין איזה משקרת ובעדות צרתה אי אפשר להתירה.

ובפשוט יותר י״ל דלא תקשי על הרא״ש וטוש״ע מהירושלמי דאמר דמודו ר״י ור״ש בעדים דאחד אומר מת ואחד אומר נהרג דאסורות דבפז״ב דף כ״א אמרי נהרדעי אפילו אחד אומר מנה שחור ואחד אומר מנה לבן מצטרפי דס״ל כרשב״א דאחד אומר מנה ואחד אומר מאתיים מצטרפי לב״ה ובפ׳ חז״ה דף מ״א ע״ב פסק רב יהודא כמי באחד אומר מנה ואחד אומר מאתיים מצטרפי כרשב״א וא״ל ר״כ והא מייתינא לך איגרתא ממערבא דלית הלכתא כרשב״א א״ל לכי תיתי ונפסק הלכה בפוסקים כנהרדעי וכרב יהודא דמצטרפין ומבואר בתוספת בפחז״ה שם דנהרדעי ס״ל אף דמנה שחור ומנה לבן הוי הכחשה בגוף המעשה מ״מ אמרינן דלא דייקי ביה סהדי ודמי למנה ומאתיים עיי״ש ובחידושי ר״ן פז״ב שם ולפ״ז ה״כ באחד אומר מת ואחד אומר נהרג כיון דבין כך ובין כך אין הבעל קיים לא דייקי סהדי ולא חשוב הכחשה דלא כהירושלמי דהן ממערבא דס״ל דאין הלכה כרשב״א וכ״כ בדברי אמת בקונטרס ח״ת ס״ג בד״ה וכוראות דהא דמערבא היינו הך דר׳ יוחנן דמודי ר״י ור״ש בעדים שבירושלמי עיי״ש ונראה דר׳ יוחנן פליג ארשב״א אפילו במה דאמר רשב״א בשתי כתי עדים דז״א מאתים וז״א מנה דבכלל מאתיים מנה לכ״ע דל״ה הכחשה דהא ר׳ יוחנן ס״ל בירושלמי דיבמות שם דשני כתי עדים כת אחת אומרת דזה נזיר שתים וכ״א אומר דנזיר חמש לכ״ע בטל כל העדות וגם ע״כ ר׳ יוחנן פליג אנהרדעי דלר׳ יוחנן בירושלמי שם כת אחת אומרת מן הכיס מנה וכת אחת אומרת מן הצרור מנה דהוי הכחשה ובטלה כל העדות ונהרדעי בסנהדרין ס״ל אפילו רק כת אחת וזה אומר מנה שחור וז״א מנה לבן דמצטרפין אף דהוכחשו בגוף המנה וכיון דקי״ל כנהרדעי ליתא לדר׳ יוחנן גם במה דס״ל דע״א אומר נהרג וע״א אומר מת דלא תנשא דר׳

יוחנן

יוחנן לשיטתו דאפילו בהכחשה דשתי כתי עדים בדבר דלא תליא גוף הדין מ"מ בטלה כל העדות אבל לנהרדעי כיון דלדידא אין חילוק בין מכה שחור ללבן לא בטל העדות ואדרבה מצטרפין דאמרינן כיון דאין הדין תלוי בזה לא דייקי ה"נ בנהרג ומת וכיון שכן אפ"ת הא דאמר בפחז"ה אייתינא איגרתא מתערבא לאו היינו ר' יוחנן ובעל הירושלמי מ"מ בלא"ה לית הלכתא כר' יוחנן כיון דקי"ל כנהרדעי ובתוס' רי"ד פחז"ה שם כתב דבמכה שחור ולבן דאין לב"ד לחקור אם היה שחור או לבן כיון דבין כך ובין כך מכה הלוהו הלכך אעפ"י שהכחישו זא"ז לא קרינן ביה עד חמס דאמרינן חד מכייהו לא כיון יפה וכראה לו כך ושניהן כשרין כיון שהעדות לא היתה תלויה בהותו הראיה עיי"ש וא"כ ה"נ שייך כמי בנהרג ומת דאין ב"ד לריכין לחקור באיזה אופן מת ואפילו אמר ראיתיו מוטל מת וא"י אם מעצמו או נהרג תנשא וגם הב"ש ועזר"כ כתבו דנהרג או מת הוי כמכה שחור או לבן ובירושלמי גופה שם מבואר דר' יוחנן דאמר דהכחשה בכלל הוי הכחשה לכ"ע כגון כת אחת אומרת כזר שתים וכת אחת אומרת כזר חמש דבטלה כל העדות אזיל לשיטתו דאמר כת אחת אומרת מכה המעות מן הכיס וכת אחת אומרת מכה מן הלרור דבטלה כל העדות וכיון דאנן קי"ל מכה שחור ומכה לבן לא בטלה העדות דיותר הוי הכחשה בגוף ההלואה איזה מטבע הלוהו מן לרור וכיס וכן קי"ל דמכה ומאתיים בכלל מאתיים מכה ולא בטלה העדות ממילא ליתא לדר' יוחנן בע"א אומר נהרג וע"א אומר מת וכבר העירו הדברי אמת וב"מ ורב אחד בכוב"ת חא"ע סכ"ו בזה אלא שביארתי הדברים יותר ועדיין הירושלמי לריך ביאור דמן הלרור או מן הכיס אינו הכחשה בגוף המעשה אפילו כמכה שחור ולבן רק הוי כמן ארנקי שחורה או לבנה כה"ש בכוב"ת שם וגם לא כ"מ כמכה ומאתיים או ככזר שתים והמש ואיך משוה אותן הירושלמי וגם רחוק שיחלוק כ"כ אבבלי דאפילו רב יהודא ורבא דס"ל במכה שחור ולבן הוי הכחשה מודו בארנקי שחורה ולבנה כמבואר בפז"ב.

ונ"ל מאי דנקט הירושלמי מן הלרור ומן הכיס היינו דנפקד טוען שנאנסו המעות שהופקד אללו והעידו שלקח סחורה בעד המעות ועדיין הסחורה קיים ומבואר בחו"מ סימן רל"ב ס"ז בהג"ה דאם הרויח הנפקד במעות המפקיד במקום שאסור להשתמש הריוח של המפקיד ואיתא במשנה ק"פ המפקיד דאם הפקיד מעות לרורין אסור להשתמש בהן לכן מדמה הירושלמי מן הלרור מכה ומן הכיס מכה לפלוגתא דרב ור"י בכלל חמש שתים אי הוי הכחשה ואמר שם דר"י דס"ל דהוי הכחשה כדעתיה דכת אחת אומרים מן הלרור ומכה א"כ גם הריוח של מפקיד וכת אחת אומרים מן הכיס מכה ואין למפקיד רק הקרן דבזה ס"ל לרב דבשתי כתי עדים ל"ה הכחשה כיון דלתרוייהו עכ"פ הקרן של מפקיד דבכלל מאתים מכה ור"י ס"ל כיון דכ"מ לענין הריוח הוי כמכחישין א"ע בין ודבש ומאתיים ומכה דהוי הכחשה לר"י גם בשתי כתי עדים ומה שאמר ירושלמי שם זה אומר לתוך חיקו מכה וז"א לתוך אפונדתו מכה הוי רק הוכחש לאחר העדות מיירי כמי לענין הפקדון דמבואר בחו"מ שם ס"ו דאם טלטל הפקדון ללורכו ונאנס חייב והעידו העדים דנטל המעות מן הלרור שהופקד ומכה לתוך חיקו או לאפונדתו וחייב באונסין וכיון דהכחשה זאת אינו בגוף העדות דכיון שהעידו שטלטל סגי הוי רק הכחשה לאחר העדות ואינו הכחשה ולפ"ז בארנקי שחורה ולבנה גם לירושלמי ל"ה הכחשה ולפ"ז מיושב כמי מה שהקשה הכו"ב דתחלה אמר מן הלרור מכה דקאי על המלוה ואח"כ אמר לתוך חיקו מכה דקאי על הלוה עיי"ש ולפימ"ש הכל קאי על הנפקד ומה דאמר חייליה דרב מהא דר"י ור"ש במת ונהרג משום דהכחשה בגוף המעשה כמת ונהרג דמי למכה ומאתיים כדמדמי נהרדעי בסנהדרין דף ל"א מכה שחור ולבן למאתיים ומכה ועיי"ש בחידושי ר"ן ומ"ש הכוב"ת דמן הלרור מכה או מן הכיס מכה מיירי לענין גנב לחייבו בכפל דחוק מאוד דאין דרך גנב למנות המעות ולהניח הכיס והלרור וכחפז להמלט וגם למה לא נקט בתוך העדות ולאחר העדות בחד גונא דכך היה יכול לאחר העדות שהניח ללרור או כיס וכן ברישא בתוך העדות היה יכול לומר שגנב מן החיק או מאפונדתו ולפימ"ש מדויק מאד ומוכח כפסק הרמ"א בחו"מ שם סוף ס"ז ועיי"ש נו"ז גם כ"ל מוכח דבהפקיד אללו מעות לרורין וחתומין ונטל הנפקד המעות מהלרור ללורכו מיד נתחייב באונסין מדמחשבו הירושלמי הכחשה לאחר העדות דמיד שנטל המעות מן הלרור הגביהן ואין לורך לדעת לאיזה מקום מכה ועיין נתיבות בסימן רל"ב סק"א בשם הכמ"י שעל המשנה המפקיד חבית.

והב"ח בתשובה ל"ד כתב דנהרג ומת הוי הכחשה בחקירות ומד"ת כאלו אפילו ע"א ליכא רק דכמו שהקילו בעגונה להאמין עבד ושפחה ה"נ פלגינן דיבורם דחשבינן להכחשתם לדברים בטלים כאלו לא אמרו כלל רק שאין הבעל קיים ויש שני עדים וכ"ז משום דעל"ג ודייקא ומנסבא את"ד מבואר דלא ניחא לו לומר כהב"ש דאף דמכחישין זא"ז עכ"פ אחד מהם אומר אמת וסגי בע"א אלא ס"ל להב"ח דאם לא פ"ד הרי זה שאומר מת מוכחש מחברו שאומר נהרג ולא מת וזה שאומר נהרג מוכחש מחברו שאומר מת ולא נהרג וליכא אפילו עד אחד ואפשר זה תליא בפלוגתא שהובא בתוס' רי"ד פחז"ה דף מ"א ע"ב אם שני עדים המכחישין זא"ז מלטרפין לעדות אחרת דלדעת ר"י מלטרפין אף דאחד ודאי אמר שקר לא נפסל ע"י ע"א ולתוס' רי"ד לא מלטרפין לעדות אחרת ועש"ך חו"מ רים סימן ל"א לכן ה"נ אף דחד ודאי משקר לא נפסל א"כ יכול להכחיש השני.

וקשה על הב"ח מירושלמי הנ"ל דאמר מודו ר"י ור"ש בעדים ולהב"ח א"א לתרץ דירושלמי ס"ל גם הכחשה בד"מ בבדיקות מבטל העדות דהא להב"ח הוי הכחשה בחקירות וגם לדידן מבטל העדות.

ונראה דלפיכך פ"ד דהקילו משום דדייקא ואיתא בתוס' בב"ב דף ל"ב בד"ה אנן כי איכא שני עדים לא דייקא דליכא חומר בסופה דנשאת ע"י שני עדים מותרת לחזור לו ואפילו בתרי ותרי דכת אחת אומרת לא מת הל"ל דלא דייקא רק משום דלולא ברי שלה אם נשאת תלא איכא חומרא אם תעמוד תחתיו עיי"ש ולפ"ז ל"ל בשני עדים אחד אומר מת ואחד אומר נהרג דפ"ד וליכא הכחשה כלל ונשארו שני עדים המעידים שאינו קיים דא"כ ליכא חומר בסופה ולא דייקא ואיך נאמן החבל בתרין לאמין לומר דלא הוי הכחשה ויש שני עדים משום דדייקא ולכן ס"ל להירושלמי דמודו ר"י ור"ש בעדים

בעדים וכ״ז אם הדין דנשאת עפ״י שני עדים ובא הבעל דלא תלא וכבר כתבתי למעלה דהכי ס״ל להירושלמי בר״פ הא״ר סוף ה״ב 'ההא דתנן במשנה דאר״ם נשאת שלא ברשות מותרת לחזור לו נשאת עפ״י ב״ד תלא ופטורה מן הקרבן ופירש ר׳ יוחנן למה נשאת שלא״ב דהיינו עפ״י עדים מותרת לחזור משום דהוי שוגגת דסמכה על שני עדים והאא דתני נשאת עפ״י ב״ד פטורה מן הקרבן אמר ר׳ יוחנן דלית הלכה כן מבואר דס״ל לירושלמי ור׳ יוחנן דבריפא דנשאת שלא״ב מותרת לחזור ודלא פליג כמי בזה לומר דליתא כמו בסיפא אבל אנן דמסקינן בפ׳ הא״ר דף כ״א ע״ב דאסורה לחזור וכל החומר בה שפיר אמרינן דדייקא גם בשני עדים ולהכי מקילין ופ״ד ועוד הא ר״ש ס״ל דנשאת שלא״ב דהיינו עפ״י שני עדים מותרת לחזור א״כ לא דייקא ור׳ יהודא ס״ל ביבמות דף כ.ה הרגתיו לא תנשא אשתו דלא פליגינן דיבוריה אפילו בעגונה לכן אנו בירושלמי דמודו ר״י ור״ש בעדים משא״כ לדידן דקי״ל בהרגתיו פ״ד כדלעיל ס״ז וקיי״ל נשאת עפ״י שני עדים כל החומר בה שפיר אמרינן דפ״ד ולפיכך ל״ל בלרות דלא עשו דברי לרה אלא חברתה כלוס משום דר׳ יהודא לא ס״ל דפ״ד בהרגתיו.

ויש להקשות להב״ח דפליגינן דיבורא דהקילו רבנן משום עגונא א״כ ביבמות שם כ״ה ע״ב דפריך ליימא רב יוסף דאמר כר׳ יהודא ומתרץ אמר לך רב יוסף אנא דאמרי אפילו לרבנן ושאני עדות אשה דאקילו בה רבנן ורב מנשה דאמר כר״י ליימא גם רב יוסף ס״ל דגזלן פסול כרב ממניא ורב מנשיא ס״ל ג״כ כרב יוסף דבעלמא לא אמרינן פ״ד רק בעדות אשה אקילו רבנן לומר פ״ד וא״ל כיון דע״א מן הדין איכו כאמן ולומר עוד פ״ד הוי תרי קולי דהא ה״כ מה דהקילו בגזלן הוי תרי קולי וי״ל דבעלמא לדידן דקי״ל פ״ד בעלמא מדאורייתא י״ל ה״כ הקילו רבנן משום עגונה לומר פ״ד שלא יהא הכחשה אבל לרב יוסף דלא ס״ל כלל פ״ד ל״ל משום עגונא הקילו וכמ״ש הנמ״י בר״פ הא״ר הא דפריך מכ״ל דע״א כאמן באיסורין מדאורייתא ומייתי מטבל ושאר איסורין והא עד מיתה הוי דבר שבערוה ותירץ דס״ד דהש״ס בעלמא אם בשאר איסורין גם באתחזיק איסורא כאמן ע״א סמכו רבנן דבריהם לעשות איסור זה כשאר איסורין אבל אם בשאר איסורין לא מהימן ע״א לא היו מקילין משום תקנה עיי״ש ואף דלבסוף מסיק הש״ס משום חומר שהחמרת עליה בסיפה הקלת עליה בתחלתה אף דלא מלינו ע״א כאמן בשאר איסור כשאתחזיק י״ל ה״פ מתוך חומר שלבסוף דייקא ומרעא לחזקת א״א כמ״ש תוספת בכתובות דף כ״ב ע״ב ונהי דכאן הוי דבר שבערוה מ״מ במקום דליכא הזקה איסור כבר מלינו דע״א נאמן בשאר איסורין ועיין בשד״ס חא״ע ק״ק כ״ע דמה ריב״ל רלה להוכיח מתשובת הרא״ש בכ״א ה״ד דס״ל דשני עדים שמכחישין זא״ז כגון מת ונהרג דלא חשיבי רק כע״א ורשד״ס דחה דבריו ולפ״ד רשד״ס נראה כהב״ח דחשיבי כשני עדים כשרים.

שע״י דחיישינן עחמ״ח וב״ש הקשו מסימן קמ״א ס״ע ועל הראשונים אנו מלטערים דבש״ס יבמות דף קכ״ב פריך שמא שד הוא ותירץ ריא״ש דחזו ליה בבואה דבבואה ופריך דלמא לרה ומשני תנא דבר״י בשעת הסכנה כותבין אעפ״י שאין מכירין וקשה הא מה דבשעת הסכנה א״ל הכרה משום דמדאורייתא .א״ל הכרה רק מדרבנן כמ״ש רשד״ס בחא״ע סימן כ״ע ותו״ג לקמן סימן ק״כ סק״ח וסקי״ב ושכ״כ תוספת ביבמות דף ק״ו בד״ה ורבא וזה דוקא באומר אני בעלה כתבו ותנו לה גט או אני יבמה ואחלין לה אבל באומר מת בעלה אין ע״א כאמן מדאורייתא ונראה מהרשד״ס הא דמה״ת א״ל הכרה דלא חליף איכם לעשות רמאות כזה ומהתו״ג נראה משום דחזקה אא״ח ולא לו כשהוא בעל המעשה שחולץ לה או מגרשה וכמ״ש בית יעקב בכתובות דף כ״ג ומבואר ביש״ם פ״ק דב״ק ק״ם אף דשוכא כאמן להעיד מן התורה היינו היכא דכאמן מן התורה אבל היכא דאיכו רק ע״א ורק מתקנה כאמן אזי שוכא פסול והביאו בכנס״י סימן פ״ג והביא ראיה לדבריו ועמ״ש לעיל סעיף ב׳ גם כן ראיה לזה ואם כן מה ראיה מדתנא דבר״י בגט דכותבין אעפ״י שאין מכירין בשעת הסכנה דהתם רק מדרבנן לריך הכרה ובשעת הסכנה אוקים אד״ת ומשא״כ בכשמע קול מת פב״פ אפילו ראיכו אותו והוא אדם כשר ומסה״ל אין ע״א כאמן רק מתק״ח מכ״ל להקל כשים חשש לרה ומחמת שכאה אומרת וא״כ עכ״פ מה דמזיכן מפורש בש״ס דגם בעדות מיתה הקילו בשעת הסכנה חזיכן אבל מה דאין מוכרע בש״ס ודאי יש לחלק דלענין הכרה בגט דא״ל רק מדרבנן סמכינן אבבואה דבבואה ולא חיישינן דא״א בקיאין משא״כ כאן במעיד שמת בעלה וכן אם הך דתנא דבר״י מייתי הש״ס לתרץ רק חשש לרה או לתרץ ג״כ חשש שד דאיכו מוכרע בש״ס כאן דכל נאמנות ע״א איכו מה״ת רק מדרבנן נקטינן להחמיר דשמא בזה לא הקילו רבנן והדר לאיסור דאורייתא משא״כ בגט מה דלריך הכרה כל עלמו רק מדרבנן א״כ אם הספק אי גם בשעת הסכנה החמירו לחוש לשד הוי ספקא דרבנן ולקולא ובזה מיושב דברי הב״י שתירץ מה שהשמיט הרמב״ם בפי״ג מה״ג הך דבמע קול פלוני מת משום דאנן לא בקיאין בבבואה דבביאה ובכ״מ שם הלכה כ״ג הקשה בעלמו דא״כ ה״ל להשמיט הא דתנן ה״ה מושך בבור ואמר כל השומע קולו יכתוב גט לאשתו דפריך הש״ס דלמא שד הוא ומשני דחזי ליה בבואה דבבואה ורמב״ם כתב בפ״ב מה״ג הא דהיה מושלך בבור והב״י כאן לא קתר תירולו בזה ועיי״ש לח״מ ולפימ״ש א״ש דכיון דאין הכרע בש״ק אם לפי מה דתנא דבר״י תו ל״מ לשד לכן בגט דהוי חשש בתקנ״ח פסק לקולא משא״כ בפלוני מת וכמ״ש ואף דמה דמקפ״ל בפירש הש״ס הוי חסרון ידיעה ואף בדרבנן קי״ל לחומרא כמ״ש המכ״י בקוה״ס ס״ח שאני בעגונה ולפיכך כתב הרמב״ם בפ״ב מה״ג אעפ״י שהעלוהו ולא הכירוהו דהקשה בתוספת רע״ק בגיטין פרק התקבל אות עין מאי רבותא בזה במה שהעלוהו הא בלא העלוהו ממילא אין מכירין אותו ולפימ״ש קמ״ל דל״מ בלא העלוהו דאיכו ספק ידיעה אלא גם בהעלוהו ולא הכירוהו דאפשר ימלא אחר שיכירוהו והוי רק חסי״ד מ״מ בשעת סכנה מקילין.

ובמאה קשיטה סוף סימן מ״א כתב דהבבואה כראין רק לעיני השלמים זכי הראות בבשרון ומעשיהם ואיכם לכל עובר שהחמה עמוקה ממכו כמו. שחשבו רבים.

שמא שד הוא בריב״ם סימן שע״ז הוכיח מכאן דמסל״ת א״ל קישור דברים מדלא פריך שמא גוי הוא ותפסו עליו הא גם בגיטין דף ס״ו במי שהיה מושלך לבור ואמר כל השומע קולי יכתוב גט לאשתי תקשי שמא גוי הוא וי״ל לפימ״ש הלבוש לקמן סימן ק״כ ס״ג וז״ל ובשעת הסכנה כגון שמושלך לבור

לבור וקרוב הוא למות ואומר כתבו גט לאשתי כותבין ונותנין אף שאין מכירין אותו ולא חיישינן שמא כונתו לקלקל ולהכשיל כיון שהוא מסוכן שאין אדם מכשיל ומקלקל באותו זמן שאימת מיתתו עליו עכ"ל וכה"ג איתא בחו"מ סימן פ"א ס"ב שאין דרך להשטות בשעת מיתה וא"כ י"ל דגם גוי לא יעשה כך רק לצרה יש לחוש משום תמות נפשי עם פלשתים כדאיתא ביבמות דף קי"ך מש"כ הכא דכשמע קול מעלמא ולא מן המושלך לבור שפיר יש לחוש לגוי.

ועוד לפימ"ש תוספת בע"ז דף י"ב דגוי אינו חשוד להכשיל כשלא יגיע לו הנאה אם כן למה ניחוש כאן לגוי וכ"כ הטו"ז כאן לדחות ראית הריב"ש אך כבר הבאתי לעיל סעיף ב' מהחכ"צ סל"ע דדוקא בדבר איסור שא"א לעמוד עליו אין זה נקמה לפי דעת הגוי שהרי אין הישראל יודע עיי"ש ואם כן במגיד על מיתת בעלה דלכשתנשא תצא מזה ומזה יש לחוש דמתכוין לעשות רעה לבעלה ולה דכשיבא בעלה תצא מזה ומזה ותצטער על האיסור ולכן שפיר הוכיח הריב"ש למה לא פריך שמא גוי הוא אך במושלך לבור י"ל דידעינן דבעלה הושלך לבור ובתוס' רע"ק בגיטין שם כתב דהכי דייקא לישנא מי שהיה מושלך בבור ואמר משמע דידעינן מי שהושלך לבור עיי"ש וא"כ מה דפריך שמא צרה היינו אולי גם צרה נפלה שם ולא ראינו אינו ראיה ולכן אין לחוש לגוי דמה ירויח דממ"כ אם לא יוציאו הבעל חי לא יודע האיסור ואם יוציאוהו חי הרי ימות דלא הוא אמר שיכתבו גט לאשתו דודאי יהא נאמן דהא כל האמנות משום בשעת הסכנה דימות והא זקוקה ליבם והרי כשיוציאו חי איגלאי למפרע דלא הוי עומד למות שם וודאי כשהיה בבור שמע צעקת הגוי שמו וכשיכלל לא ישתוק מלהצילה מאיסור א"א ויילך לו וליכא למיחש דלא יוציאוהו עד אחר שתנשא דהאיך יהיה כ"כ בבור והוא כבר מסוכן וקרוב למות ומפרע דצריכה להמתין ג"א וגם מדהוא שעת הסכנה א"א להוציאו חי דודאי יעשו כל טצדקי להצילו ממות ונראה דזה כונת הרמב"ם בפ"ב מה"ג וכן מי שהיה מושלך בבור ואמר כל השומע קולי יכתוב גט לאשתי הרי אלו יכתבו ויתנו לה והוא שידעו אותו ואעפ"י שהעלוהו ולא הכירוהו דנתקשה הלח"מ מה הכונה שידעו אותו עיי"ש ובלח"ם פ"ג מה"ג הכ"ג ולפימ"ש שידעו אותו שבעלה הושלך לבור דאל"כ יש לחוש שמא גוי נפל שם ואמר שיכתבו גט ואפילו אם ראו שישראל נפל שם שמא לאו בעלה הוא וגם גוי נפל שם ואז נתכוין הגוי להנקם דכשיבא בעלה אחר שתנשא תצא מזה ומזה ומ"ש ואעפ"י שהעלוהו ולא הכירוהו היינו כיון דלא הכירוהו רגל"ד דאינו בעלה שנפל שם דאם היה בעלה כיון שיודעים אותו בקל היו מכירים אותו ומ"מ ל"א שהקול יצא מאחר וכה"ג כתב מהרי"ק שרש קע"ה עמ"ש הרמב"ם ראו אחד עומד מרחוק ואומר שהוא פב"פ מעיר פלוני והרי נשכו נחש והרי מת והלכו ומצאוהו שנשתנה ולא הכירוהו משיאין את אשתו דלפיכך הצריך שיאמר מעיר פלוני משום דלא הכירוהו בצורתו הל"ל דאחר הוא ומשום דזה ריעותא הוא והובא במהר"ם אלשיך סימן קי"א וכה"ג כתב כאן בהגהת טו"ז ובתוספת רע"ק שם הניח זה בצ"ע והדבר פשוט.

סי"א מצאו כתוב בשטר חת"ס העלה דל"ל שיהא מקוים חדא דמה"ת עדים החתומים על השטר כנחקרה עדותן בב"ד אף בממון רק מדרבנן צריך קיום ובעגונה לא החמירו ועוד דבממון חיישינן דמוציא השטר זייף אבל הכא ליכא למיחש רק לצרה ופסולין ובשעת הסכנה ל"ח וה"נ כשא"א לקיים את"ד ולפימ"ש הריב"ש אהא דלעיל סע"י דל"ח לכותי משום דמסל"ת רק לצרה דל"מ ומסל"ת ל"ל משום דלא שכיח ואם כן אם מצאו כתוב דרך עדות דמיכוין להתירה או להס"מ דמסל"ת ל"מ רק מסיח בפה יש לחוש לפסולין דמצוי אף דאמרינן בשבועות מ"ו ע"ב אחזוקי אנשי בגנבי לא מחזקינן היינו בדנין על אי זה אבל בעלמא כמה גנבים איכא כמ"ש שם תוספת ורא"ש ומצילא נסתר גם ע"א של החת"ס דהא דבממון א"ל קיום מה"ת משום דלא חליף איניש לזייף כמו שפרש"י בפ"ק דגיטין דף ג' ע"א והיינו שלא יזייף חתימת אחרים אבל כאן החשש דלא זייף רק זה שכתב הוא חתימתו רק פסול הוא כיון דלא ידעינן מנו הוא אך גם כשידעינן שם הכותב בשטר ואינו פסול מ"מ י"ל הא דלא חליף לזייף משום דירדפנו המתחייב עד שיברר זיופו. ובעל"ג חליפיתו והיינו כשמלוה או לוקח מוציא השטר אבל כנמצא כתוב או נשלח ממרחקים ואין אנו יודעין מי כתבו אף כי יתברר שהוא מזויף עדיין לא נדע מי זייפו ובכה"ג י"ל מה"ת צריך קיום אלא אם מציאו פסול ואומר דהחתום בשטר כתבו י"ל דל"ח שהכשיל זייפו שו"ר מה שהביא בפ"ת ס"ק כ"ב מתשובת פני אריה סימן כף דכתב הבא מרחוק על הבי דואר צריך קיום מדאורייתא ודוקא באחד שמביא שטר בידו ואמר שנמסר לו מישראל במקום רחוק וכתוב בו פלוני מת בזה ס"ל לרמב"ן ורשב"א דא"ל קיום אבל בכתב הבא על הבי דואר בעל הבי דואר מקבל הכתבים סגורים וחתומים ואינו משים לב מי המביאם דאף אם יתברר לבסוף שהם מזויפים א"א שיתגלה לעולם מי זייפו וצריך קיום מדאורייתא ובקה"י ג"כ מחמיר כיון שהוא מלתא דלעל"ג בשום אופן איך יהא נאמן ע"א בדבר שבערוה את"ד אמנם מהר"י ווייל בסימן ק"ע הוכיח דאפילו לא עביד לאגלויי קמכינן דהא הרמב"ם פסק מצא בשטר כתוב פב"פ מת ומכירים אותו שהוא כתב ישראל אשתו מותרת ומשמע דאין אנו מכירין מי שכתבו ומאי מלתא דעל"ג איכא וכן פסק הרמב"ם דעד ששמע מגוי המסל"ת מעיד וכן עמפ"ע אמו אם מת עד הראשון לא מהימן עד השני א"ו בכולהו איכא למימר כיון דעל"ג שלא מת לא משקר את"ד והסברתי הדבר לעיל ס"ג דחזקה אא"ח ולא לו כדאיתא בקידושין דף ס"ג ע"ב ואפילו קרוב אינו מלוי לחטוא בשביל קרובו כדאי' בירושלמי ס"פ כילד ובבבלי פרק שה"ד דף מ"ב ע"ב ואם כן כשניכר שכתבו ישראל ליכא חשש רק שזה נעשה ע"י העגונה ששכרתו לזה ואם יצא הבעל חי ידעו כ"ע שממנה נכתב ולכן לא תעשה זאת והדר דיכא דמה"ת א"ל קיום ונאמן ע"א וישראל אף דלא ידעינן מי כתבו אך החשש דפסול כתבו ועל פסול לא סמכו רבנן משום דעל"ג אלא די"ל אף דמצוי פסולין מ"מ רוב ישראל כשרים ולא פסלו רק בנודע שזה העד פסול דהא רב יוסף ס"ל גם גזלן כשר לעדות אשה כדאיתא ביבמות פרק כילד דף כ"ה ע"ב ונהי דרב מנשיא פליג וס"ל דגזלן פסול לעדות אשה למה נשוי פלוגתא רחוקה לומר גם כשלא נודע מי הוא לחוש שמא פסול הוא.

ובשו"ת מהרא"ל חא"ע סי' כתב בהעיד אדם אחד והלך לו ל"ח שמא פסול היה כדמוכח מדברי רמ"א לעיל ס"ה דאפילו אמר ששמע משם ל"ח שמא מפסול שמע וכן מוכח ממ"ש הרמב"ם כאן במצאו כתוב וכו' דבסתמא כל שהוא בחזקת ישראל

ישראל כל ישראל בחזקת כשרות את״ד והנה מהרמב״ם אין ראיה כיון דזה גופא בפלוגתא ומהרמ״א אין ראיה רק לנידון ההוא דהעיד אחד והלך לו וה״ע דמיד שאותו אחד אמר שמת פלוני נולד ספק בו אם כשר הוא אחזוקי אנשי בפסולי לא מחזיקינן כיון דנולד הספק על איש זה משא״כ בכתב הנמצא או בא ממרחקים דלא נולד לנו הספק רק כשנמצא ואז אין הכותב לפנינו ולא ידעינן מנו כמה פסולין איכא בשוקא דומה לזה בטית חניות דאם נמצא הבשר בשוק או ביד גוי אמרינן כל דפריש מרובא פריש ואם נמצא ביד ישראל אמרינן כל קבוע כמע״מ כיון דהישראל לקחו ממקום הקביעות ואז נולד הספק במקום הקבוע כדאיתא ביו״ד סימן ק״י ס״ג.

ובגוף הדין שכתב החמ״ח דא״ל קיום משום דמה״ת גם בממון לא״ל קיום כ״ל לחלק בין נמצא כתוב ובין כשבא עדות בכתב דהנה בישיע״ק דקדק למה בפמ״ש דף ע״א בהא דבודקין לחרש דאמר בעדות אשה דאקילו בה רבנן פרש״י דגם ע״א ושפחה נאמנים ובירושלמי אמר כיון דעמפ״ע נאמן ה״כ מאחו כתוב בשטר ונראה לפימ״ש הרי״ף בפד״א דהא דמפיהם ולא מפ״כ ה״מ כ״ז שלא ילא הכתב מת״י עדים דהא איבעי כבשי לשטרא ולא מסהדי ולכן עכשיו כשאין זוכרין רק מעידים מה שנמצא כתוב אללם פסול דהוי מפ״כ אבל אם כבר מסרו השטר ליד בע״ד מכיון דיהבי למריה הוי כנחקרה עדותן בב״ד ומפיהם קרינן ביה עיי״ש וא״כ כשנמצא ולא ילא מת״י עדים מדעתם רק נאבד הוי מפ״כ ור׳ ירמיה בירושלמי מכשיר כמו דעמפ״ע מעיד במת בעלה והרי עד ראשון לא העיד בפני ב״ד והגדה ל״ל בב״ד ומ״מ אקילו ה״כ בנמצא כתוב ובפמ״ש דנבדק לפני הב״ד עפ״י כתבו הרי נחקר בב״ד רק הריעותא שהוא אלם ואינו ראוי נבילה להגיד בפה פרש״י כמו דאקילו בע״א ובפסול כגון שפחה.

והפלוגתא דירושלמי היינו דלר״י מפ״כ כ״ז שלא הוציא מדעתו הכתב הוי הגדה שלא נחקרה בב״ד וכיון דעמפ״ע כשר ה״כ כשר ולר״ב כ״ז שלא הוציא מת״י מדעתו דאיבעי כבשיה לא הוי כהגדה כלל ול״ד לעמפ״ע כה׳ דלא הגיד בב״ד מ״מ כבר הגיד לפני עד השני ולא שנא אם נוכל לקיימו ונדע של מי הוא א״ל ולפיכך נקט בירושלמי מלאו כתוב בשטר ולא נקט מעיד עפ״י כתב דדוקא בנמצא ביד העדים ואין זוכרים רק רואין כתב שלהם או נאבד ונמצא כתוב בזה פליגי ולר״ב אין מפ״א״ן שו״ר בחידושי רמב״ן בפד״א ל״א ב׳ כתב אפשר לומר דירושלמי דוקא כשמלאו שטר בשוק או ברשות אחר אבל כתבו עדים ונתנו לאשה מועיל להשיאה ולא מיחוור אלא איכא למימר כיון דאין זה עושה מעשה שטר ואין עושין ביניהן שום מעשה להזמינן עליו עדים אין למדים המינה את״ד ומשום דדעתו דכל שאינו מעשה שטר הוי מפ״כ לכן כתב דלא מחוור אבל הא חזינן בפמ״ש דף ע״א דגם באלם מועיל מפ״כ בעדות אשה משום דאקולי להאמין גם שפחה ולמה יאמרו במפ״כ כיון דלא הולריכו דין עדות רק לעמוד על אמתת הדבר ומ״ע דר׳ בון ומתניתא דמסייע ליה אבל לפימ״ש ה״ע דר״ב ס״ל כ״ז דתלי כבשיה תחת ידו ליכא הגדה כלל ואפשר לא בגמר דעתו ולא דייק עדיין היטב וגם לא חיים דעל״ג רק כשמגיד לאחר אבל מה שכתב בכתב והניח אללו הבריכה בידו להתיישב ולא יוליאו עולמת ואפילו בשני עדים דבעלמא כשהעידו בפה ל״ל לטעמא דעל״ג מ״מ כאן דלא הגידו בפה ופסול מה״ת דלריכין אנו להקל משום דעל״ג בזה שלא הוליאו העדות מידם עדיין לא על״ג וחמ״ח לעיל סעיף חית סקי״ז נסתפק אם העד ראשון שאמר חוץ לב״ד י״ל מבודה הייתי א״כ בזה שעדיין לא הגיד לשום אדם ובידו שלא יוליאו י״ל איימר מבודה היה והמתיר בירושלמי ל״ל דס.ל כמו עמפ״ע ל״ה שמא ראשון שהגיד חוץ לב״ד מבודה היה ה״כ בכתב בשטר דאם לא דברור לו שמת לא היה כותב דשמא היום ולמחר ימלאנו אחר ותשא האשה ע״י ולא היה טורח לכתוב אם לא בגמר דעתו וכמ״ש תוס׳ כה״ג בפרק הכושא דף ק״ב בד״ה אליבא דב״כ ולפ״ז א״ש מ״ש הטור דהרא״ש לא הכריע בהפלוגתא דירושלמי ולכאורה לחומרא וכתב הב״ח דליתא דהא בפמ״ש הביא להלכה דאלם מעיד מפ״כ בעדות אשה ולפימ״ש שאני אלם דכתב לעדות רק מגזה״כ פסול משא״כ במלא כתוב אפשר כרבי בון דל״ה הגדה כלל ואפשר לא דייק עדיין.

שידעו שהוא כתב ישראל כדחקו בטעמו ולפימ״ש לעיל א״ש כיון דנמלא כתוב ולא נודע מי כתבו לא על״ג שקריה אלא משום דחזקה אא״ח ולא לו אפילו בלאו טעמא דעל״ג אין לחוש שמשקר באיסור א״א רק שמא שכרתו וכיון דעל״ג אם יבא הבעל לא תעשה כזאת דהכל ידעו דידה היתה במעל הזה אבל כשלא נודע שישראל כתבו שמא גוי כתבו דליכא גביה חזקה דאא״ח ולא לו ויש חשש דעשה לקלקל אותה ואותו ולצערן אף דאין לו ריוח והנאה וכיון דלא על״ג ומי הספקן גם מסל״ת ל״מ דהא ברמב״ם פי״ג מה״ג הכ״ט כתב טעם דעל״ג גם על מה דסומכין על גוי מסל״ת ולישראל פסול או כרה לא חיישינן דכל דפרים מר״פ אבל ניכר מי כתבו והוא באופן דהיה מועיל כשאמר כך בפיו י״ל גם לרמב״ם תכשא ועיין בשו״ת פרשת מרדכי חאה״ע סכ״ו כ״ז ושו״ת מהריא״ז עכזיל סימן כ״ו.

ב״ש סקכ״ז כתב לתרץ מ״ש הטור דהרא״ש שהביא בשלהי יבמות פלוגתא דר״י ור״ב במלאו כתוב בשטר לא הכריע הסלכה ולחומרא והא בת״ש כתב דלעדות אשה סומכין על כתבו של אלם וכמ״ש הר״ן דהרי״ף סמך עמ״ש שם ותירץ הב״ש דבפמ״ש אינו כותב לזכרון משא״כ הך פלוגתא דירושלמי מיירי שכותב לזכרון וכמ״ש הר״ן והגמ״ר פרק ב׳ דיבמות סימן ל״ט ואדרבה קשה על הר״ן איך כתב דהרי״ף סמך על הך דפ׳ מי שאחזו והב״מ דחה דברי הב״ש דכל החילוק בין כותב לזכרון או למעשה דכותב לזכרון הוי מפ״כ משא״כ כותב לעדות הוי כשטר וכנחקרה עדותו בשעת כתיבה משא״כ אלם דפסול לעדות אפילו כשנחקר עדותו ולעולם הוי מפ״כ אפי׳ התם בשטר וא״כ מדכתבו הרי״ף ורא״ש דעדות כתבו של אלם מהני בעדות אשה ה״כ בכותב לזכרון את״ד וכ״ל דזה ודאי מה שפסלה תורה עדות אלם בכתב גזה״כ הוא דכך נוכל לדעת אמתת העדות מכתבו כמו מפיו ובעדות אשה דהכשירו חכ״ל פסול מגופו אשה ועבד ושפחה וקרוב ה״כ עפ״י כתב אלם ומה דפליגי בירושלמי בכותב לזכרון ומחלק הגמ״ר בין כותב עדותו לב״ד אף דג״ז איכי שטר משום דבזה יש סברא לחלק גם לענין אמתת הענין דיותר מדייק בכותב למעשה וכותב לשלוח העדות לב״ד דכתיבה זו יבא העדות משא״כ בכותב לעלמו לזכרון ואחר זמן יבא לב״ד ויעיד בפיו ע״י שיראה בכתבו דבזה לא מדייק בשעת כתיבה דעדיין מחוסר ההגדה בפיו וכדמחלק

וכדמחלק בגיטין פ' התקבל דאומר אמרו ל"ת כן בישראל שמא תשכור עדים דדיבורא אמרי ומעשה לא עבדי דאין העד חושש כ"כ להעיד שקר כשאין נגמר עדותו בזה וכ"ש דיש לחוש דלא דייק וכה"ג אלינו בש"ס כ"פ בין אמר הלכה לבד או אמר הלכה למעשה וכה"ג כתב הפנ"י בריש גיטין ב' ע"ב וכיון דמה"ת פסול מפ"כ רק רבנן הכשירו ובזה דיש חשש קלא ס"ל לר"ב בירושלמי דגם בעדות אשה לא הכשירו וכה"ג אמרינן דיינא הוא ונחית לעומקא דדינא משום דלו כלרכה למעשה דייק יותר ממי שאומר להלכה לבד ור"י דמכשיר בכותב לזכרון לומדו מדהכשירו עמפ"ע אף דאין נשאת עפ"י עד ראשון דלא אמר בפני ב"ד ומחוסר עדיין הגדת השני לפני ב"ד והוי רק דיבורא ולא מעשה כאומר אמרו מ"מ כשר ה"נ בכותב לעצמו לזכרון ע"ד שאח"ז יעיד בפיו בב"ד ע"י שמלא כתוב בכתבו שכתבו לזכרון ובבבלי פמ"ש דמיירי בעדות אלם שכותב לפני ב"ד דנגמר עכשיו העדות רק הפסול בגופו פרש"י דאקילו כמו בעדות שפחה דזה וזה גזה"כ לבד שו"ר בריטב"א בפמ"ש דף ע"א דאלם שכותב כשבא להעיד חשיבא עפי ממלאו כתוב פלוני מת לכן אף דבעדות אשה כשר מפ"כ ומ"מ תני בברייתא מלאו כתוב פלוני מת אין משיאין אשתו.

ויל"ע במ"ש הר"ן בפ"ב דכתובות דמלאו כתוב בשטר פלוני מת היינו שטר זכרון עיי"ש דמכ"ל הא שמא כתבו ליתן ליד אשה או לב"ד לראיה ומפרש לפימ"ש בדף שילהי יבמות מלאו בשטר כתוב וחתום פלוני מת אם איתא דלזכרון כתבו למה חתום אך בר"ן פמ"ש בהביאו דברי הרי"ף לא הביא תיבת וחתום וכן בגמ' שילהי יבמות וגם כשלא חתום אינו מוכרע מאותו לשון אם לזכרון כתבו אלא די"ל ר"ב דפוסל בירושלמי משום ספק אימר לזכרון כתבו ולפ"ז כיון דלא הכריע הרי"ף והוי ספק איך הלכה י"ל לדידן הוי ס"ס דשמא הלכה כר"י דמפ"כ כשר ואת"ל כר"ב הא איהו גופא לא פסל בודאי היכי דמסופק הלשון אם לזכרון כתבו ובב"י הביא מרי"ו דאיתא בירושלמי שאם כתוב כך בשטר בלא חתום אין משיאין את אשתו זולתו אם מלאו עד בכתב והמ"ה הסי"ק בירושלמי שם דלא נמלא בירושלמי זה ונראה דק"ל הא דהוה מפ"כ משום דנכתב לזכרון לבד או דחיישינן שנכתב לזכרון ובהא פליגי בירושלמי אם מפ"כ כשר וה"ד בלא חתום אבל בחתום ודאי אינו לזכרון ורי"ו פוסק כר"ב דמפ"כ פסול חדא כיון דמתניתא מסייע לדין ועוד כמ"ש הא"ז בסימן הרל"ו דהלכה כרבי בון הואיל והברייתא מתניא בפירש כותיה וברייתא דר"י לא מסייע ליה אלא מדיוקא ודלמא איכא למדחייה אע"ג דלא דחי לה תלמודא מ"מ מניחין את הסתום ותופסין את המפורש עיי"ש אך י"ל כשנכתב לעדות יש ריעותא מדלא כתבו או שלחו להאשה או לב"ד אולי נמלך מלהעיד וליתנו כדאמרינן בפ"ק דב"מ דף י"ח מלא גיטי נשים וכו' שאני אומר כתובין היו ונמלך עליהן שלא ליתנו והרי כ"ז שלא העיד בב"ד יכול לחזור בו ובכל עמפ"ע דלא חיישינן שמא יחזור עד ראשון היינו כיון שלא ראינו שום ריעותא אחזוקי ריעותא לא מחזיקינן וא"ל לברר וכמ"ש ביו"ד סימן פ"ג ובש"ך שם סקי"א ועיין חמ"ח לעיל סקי"ז וב"ש סקכ"ג אבל הכא דיש רגל"ד דחזר בו ונמלך דאל"ה לא הוי כותב לעדותו ולעבור באליו"ע ומלוה רבה להתיר האשה מכבלי העיגון ואם דיש לתלות דנאנס באיזה אונס דלא שכיח ה"נ י"ל דנמלך ובירושלמי דפליגי רק משום מפ"כ ה"ט דאם מפ"כ כשר י"ל שלא כתבו לעדות ליתנו לאשה או לב"ד אלא לזכרון עד לעת כשיפגע באשתו יהא נזכר מתוך כתבו ויעיד לה וליכא ריעותא ורגל"ד כיון שלא כתבו ליתן כתב זה לעדות משא"כ בשכתב ליתן כתב זה לעדות ע"כ דעתו היה לשלוח הכתב למקום אשת המת דהא אם בעצמו יפגע בה אינה צריכה לכתבו דיאמר לה דמת בעלה וכמ"ש במלחמות בפד"א וכיון דלא שלחו רגל"ד דחזר בו ור"ב דפוסל בכתב לזכרון ממ"נ פסול אם לזכרון כתבו הוי מפ"כ ואם ע"ד לשלוח הכתב לאשה או לב"ד הרי רגל"ד דחזר בו מדלא שלחו ולפ"ז אם נמלא כתוב וחתום ולע"ד י"ל גם ר"י מודה דפסול כך היה נ"ל לולא דברי רי"ו והרי"ף.

ועדיין י"ל דדוקא אם לא נאבד השטר ונמלא מושלך רק מונח כדרכו וכדמשמע הלשון מלאו כתוב בשטר כמ"ש בירושלמי או מלאו בשטר כתוב כמ"ש ברי"ף דמלאו קאי על הכתוב בו ולא על השטר ולכן שאני מהך דפ"ק דב"מ דמלא כאבד מדנפל אתרע חיישינן דנמלך כמבואר שם דף י"ג וה"נ י"ל דהכותבו הזמינו לשלחו ביד איש עתי ועדיין לא נזדמן לו ואחזוקי ריעותא לא מחזיקינן משא"כ בנאבד ונמלא בחוץ אפשר מודי מדנפל אתרע ובין כתוב בלשון עדות בין בלשון זכרון.

והרי כתבתי תלתא טעמי ומאי די"ל דגרע מלאו כתוב בשטר מת פלוני ממה שכתבו לשם עדות לפנינו אחד משום דכ"ז דאיבעיה כבשיה ולא יוליאנו לא דייק ושני כיון דלא כתבו שיהא זה הכתב לעדות הוי רק דיבורא דהוי כאומר אמרו כיון דכתבו רק לזכרון שיזכור ע"י כתבו ויבא ויעיד שלישי דיש ריעותא מדכתבו והניחו ולא שלחו להאשה או לב"ד יש לחוש דנמלך וליתנו אמנם הר"ן וסייעתיה דכתבו דהרי"ף שהביא בשילהי דיבמות פלוגתא דר"ב ור"י ולא הכריע סמך עצמו עמ"ש בפמ"ש דכשר מפ"כ צ"ל דיש הוכחה מהירושלמי דפלוגתתם לא מהנהו טעמי רק משום מפ"כ לבד דאם מהנהו טעמי מאי אמר בירושלמי דמתניתא דתני לאו מפ"כ ולא מפי עמפ"ע מסייע לר"י דכיון דעכשיו משיאין ע"י עמפ"ע ה"נ מפ"כ דכוותא אה"נ מפ"כ בשולח עדותו בכתב משא"כ במלאו כתוב אם טעמו של ר"ב דפוסל רק מטעם זה דמחלק בין נמלא כתוב לשולח עדותו בכתב אע"כ פשיטא ליה לירושלמי דגם ר"ב פוסל רק משום דהוי מפ"כ אפילו בשולח עדותו בכתב וא"כ שפיר סמך אהך דפמ"ש ולפ"ז מתורץ קושית הגאון מהר"ס כ"ץ שבחתם דלאיזה צורך הביא הרי"ף כלל הך פלוגתא דירושלמי כיון דסוף סוף סמך עצמו אפסק דפמ"ש ולפימ"ש א"ש וגם נדחה מ"ש מהר"ס דשאני הך דפמ"ש דידעינן מי כתבו משא"כ במלאו כתוב שמא פסול או קטן או מחמשה נשים כתבו ולפימ"ש י"ל דס"ל להר"ן דא"כ מאי סייעתא לר"י אע"כ דס"ל לירושלמי דמה"ט ליכא למפסל וגם ר"ב אינו פוסל רק משום דהוי מפ"כ ולפיכך האריך הרי"ף והביא מאי דאמר בירושלמי מתניתא מסייע לדין ולדין דגם ממה דמתניתא מסייע לר"ב יש ראיה דאם איתא סברא לחלק הנ"ל דאין סתירה ממתניתא למתניתא אע"כ דפשוט דאין לחלק ומתורץ קושית מהר"ס דלא ה"ל להרי"ף להביא כלל דברי ר"ב ומתניתא דמסייעו ולדברי האומרים לאומרה מחמת אותו פלוגתא דירושלמי צ"ל דאה"נ לר"ב ס"ל לחלק ואין קושיא עליו וממתניתא דמסייע לר"י רק ר"י לא ס"ל לחלק.

עוד

עוד י"ל למה הביא הרי"ף הפלוגתא דירושלמי וגם הביא דמתניתא מסייע לדין ולדין לפימ"ש הגמ"ר פ"ב דיבמות סימן ל"ט דל"ע איך מתירין ע"י עדות בכתב לר' בון ואפילו לר"י ל"ע דשמא ההוא דירושלמי עדים חתמו עפ"י כאייתם משא"כ בכתב עמפ"ע או מפי אשה או גוי והב"מ הקשה הא ר"י המתיר מסתייע מן ברייתא דעכשיו משיאין עפ"י ע"א וה"ה מפ"כ ובע"א לא מחלקינן ואפילו עוד ב' קולי מפי עד ומפי עבד עיי"ש וכ"ל לפימ"ש בש"ך יו"ד סימן ל"ה ס"ק כ"ב בשם רש"ל שכל מה שכתבו להקל בחילופים שלא הוזכר בש"ס ה"ד דליכא שום ריעותא בריאה במלתא אחריתי אבל אם אית בה ריעותא אחריתי אפילו במלתא שאנו מכשירים מ"מ נאסר דאיכא לד סומכא להטריף לאיזה מאן דהוא אפילו דלא כהלכתא מ"מ בכל שהוא מצטרף לסייע ידי האוסרים ואפשר גם ר"י לא מתיר כה"ג כיון דמתניתא יש דפוסל מפ"כ לבד ואת"ל ר"י מתיר בכל גווני מ"מ אכן יש לנו לחוש בכה"ג לר"ב ולמתניתא דמסייעו ולכן הביא הרי"ף הך פלוגתא דכ"מ לחוש במפ"כ מפי עמפ"ע וכן מה דצריך הרמב"ם במלאו כתוב שיהא נודע שהוא כתב ישראל אף דבירושלמי לא נזכר בדברי המתיר במלאו כתוב היינו משום דר"ב פליג במפ"כ ויש עוד ריעותא דחשש גוי אפילו יהא מסל"ת דבשום איסור לא מהימן גוי מסל"ת חיישינן במפ"כ לדברי האוסר.

עוד נראה ביסוד קושית הב"מ על הגמ"ר דיש להבין טעמו של ר"ב ומתניתא דמסייעו לפסול מפ"כ מ"ש מעד ומפמ"ע אי גוי מסל"ת ועבד וע"א דג"כ פסלה תורה וחכז"ל הקילו וכ"ל דפסול ע"א כמ"ש הסב"ן בח"א ענין ע"ז להוכיח דהא דע"א פסול לאו מגזה"כ אלא דחיישינן דמשקר והא דהאשה פסולה ג"כ מה"ט דהא מבואר בילקוט שמעוני פ' וירא ותכחש שרה לאמר מכאן שהנשים פסולות לעדות וכן גוי משום דפיהם דיבר שוא ופסול עמפ"ע מבואר בתוס' רי"ד ב"ב דף קס"ח דכ"ז שלא מסרו העדים עדותן לב"ד זה יקרא עמפ"ע שאעפ"י שהגידו עדותם לפני עדים יכולים לחזור בהם לכן פסלה תורה עמפ"ע וא"כ ג"כ הטעם שמא הראשונים שהגידו שלא בפני ב"ד היו חוזרים משום שהגידו תחלה שקר וחז"ל הקילו בעדות עגונה בכל אלה משום דעל"ג או דייקא ומנסבא ול"ח לשקרא ולכן אפילו עמפ"ע ומפי גוי מ"מ כיון דהפסול מחשש שקר וכאן יש סברא דלא משקרי לא חשוב תרי קולי ואפילו את"ל דמ"מ כיון דבכל אחד לבד היינו רק משום דרחוק שישקר בהצטרף עמפ"ע ומפי גוי יש חשש יותר מ"מ לפימ"ש לעיל דסמכו על סברא דעל"ג דהאשה לא תעשה זאת דאם יתברר שהבעל חי הכל ידעו דידה היתה במעל הזה דודאי אחריני לא ישקרו בחנם בלא הנאת שכר א"כ כל היסוד על עמוד אחד שרחוק שיהא הדבר שקר משא"כ במפ"כ דאין שום סברא לחלק בין מפ"כ לפיהם לענין אמתת הדבר ומ"מ גזה"כ לפסול לכן ס"ל לר"ב דגם בעדות אשה ל"מ טעמא דעל"ג או דייקא כיון דאפילו שני עדים דודאי לא משקרי פסולי מפ"כ ואם כן י"ל נהי דר"י מדמה פסול דמפ"כ לעמפ"ע היינו מפ"כ לבד כיון דזה וזה פסלה תורה ומ"מ הקילו חז"ל אבל מפ"כ ועמפ"ע דהוי תרי קולי ולא מטעם אחד דמפ"כ גזה"כ ועמפ"ע משום דמשקר הוי תרתי לריעותא אפשר מודה ר"י ומתניתא דמסייעו והכי מחלקינן ביו"ד סימן ל"ז בין אם התר"ל משם אחד לא מזיק ואם משתי שמות טרפה עיי"ש טו"ז סק"ג ותב"ש סק"ט הוכיח כן מהש"ס אלא דל"ע דהא איתא בב"ב דף קכ"ט דהא דקרובים אין נאמנים לאו משום דמשקר אלא גזרת מלך הוא דאלת"ה משה ואהרן לחותנם נמי לא מהימני עיי"ש וא"כ לר"ב יפסלו קרובים לעדות אשה ואף די"ל ר"ב לית לו הא וקושיא דאלת"ה משה ואהרן י"ל דא"כ תקשו נמי למה ע"א כשרה לא מהימן א"ו דלא חלקה תורה אך להגמ"ר תקשי א"כ עמפ"ע קרוב יהא תר"ל ועכצ"ל דשאני מפ"כ כיון דמצינו דפוסל ר"ב ומתניתא וכמ"ש אך גם מ"ש הרמב"ם בפי"ג מה"ג ובפכ"ד מה"ס ה"א דהיכא דידענו אמתת הדבר לא הקפידה תורה על משפטי דיני עדות קשה א"כ קרובים למה פסולי הא לא חשודי לשקר ומכ"ש לחוב והרי ידענו אמתת הדבר ונראה דשאני מפיהם ולא מפ"כ דחשוב מפורש בתורה יותר מכל שאר פסולין או קרובים וי"ל דלהתיר אשה נאמנים אף דאין הדין כן לא חשוב מפורש ומסרה התורה לחכמים ועתוס' בא"כ דף עין ב' ד"ה תסיך וט"ז יו"ד סימן קי"ז סק"א וט"ז חו"מ סימן ב' לכן ס"ל לר"ב דמפ"כ פסול לעדות אשה יותר מע"א ושאר פסולים.

והשתא דאתינא להכי י"ל יותר דברי הגמ"ר לפימ"ש תוי"ט בפ"ק דמכות מ"ט בד"ה ד"א דמפסוק עפ"י שנים עדים ליכא למילף שני דברים והא דאמרינן ד"א שלא תהא סנהדרין שומעת מפי התורגמן עיקר טעמו מסברא כמ"ש הכמ"י שמא יחליף המתורגמן בלשון העדות ועוד כשישמעו הסנהדרין מפי העדים יתכן להם לחקרם יותר אלא דאסמוכה נמי אקרא ולפ"ז הברייתא שמביא הירושלמי ע"פ עדים לא עפ"כ ולא עפ"י מתורגמן ולא עמפ"ע ג"כ ליכא למילף רק חדא ואידך ידעינן מסברא כמ"ש הכמ"י ואסמוכה אקרא לכן ס"ל לר"ב דמפ"כ גזה"כ חשוב מפורש בקרא ולא נמסר לחכמים לעקרו אך ר"י ס"ל דכיון דיש לומר דקרא אתי למעט עמפ"ע או מתורגמן תו כל חד בפ"ע ל"א מפורש ולכן כתב הגמ"ר דעפ"כ ועמפ"ע דמ"מ ע"כ קרא לחדא אתי א"א לעקור משא"כ עמפ"ע ומפי אשה לבד אף שיהא ב' וג' קולי מ"מ כיון די"ל דקרא אתי רק למעט מפ"כ תו אינו מפורש והא דס"ל לר"ב דמפ"כ חשוב מפורש יותר מעמפ"ע ומפי מתורגמן כיון דעמפ"ע ומתורגמן ידענו מסברא א"צ קרא להכי ומוקמינן קרא למפ"כ לבד וכה"ג איתא קצת בב"מ דף קנ"ו ובקידושין דס"ח ע"ב ובשור שנגח את הפרה מ"ו ע"ב ובכתובות כ"ב ע"א ועתוס' בשבועות כ"ב ע"ב בד"ה אבע"א וריטב"א שם ועד אחד ודאי אינו מפורש דהא בספרי פ' שופטים דרש ר' יהושע לא יקום ע"א באיש לכל עון דוקא באיש אבל קם הוא באשה להשיאה ונהי דלא קי"ל כן למ"ד דא"כ רק מדרבנן מ"מ כיון די"ל הכי תו אינו מפורש וכן עדות קרובים לזכות דפסולין אינו מפורש בקרא רק יליף לה בפז"ב דף כ"ח בא"ם אינו ענין לחובה דכתיב יומתו יומתו תנהו ענין לזכות וזה ודאי לא חשוב מפורש דהא התם נמי יליף קרובי האם באה"ע דכתיב אבות וקרא הרמב"ם לקרובי אם דברי סופרים כיון שאינו מפורש כמ"ש בש"ך חו"מ סימן ל"ג סק"א.

ואף דלזכות יש לפסול מסברא בזה יכולין רבנן להאמין מסברא משום דדייקא ועל"ג ובכ"מ ריש פי"ג מה"ע מחלק בין הא דיליף באה"ע לקרובי אם ובין הא דיליף באה"ע לזכות ודבריו דחוקים מאד כמ"ש לח"מ שם וגם הכ"מ הבין הדוחק וסיים

דזה

דזה כ״ל להעמיד דברי הרמב״ם וכן הוא בריב״ש סי' י״ד דכמו דקרובי אם ל״ח מפורש בתורה כן פסול קורבה לזכות דלא ולא ילפינן רק באא״ע ויותר מזה כתב הרי״ף בשו״ת והובא בשו״ת רשב״א אלף קפ״ה דכל פסול עדות קרובים אינו יוצא מפורש מפשוטו של מקרא רק מדרש חכמים שאין פשוטו של פסוק אלא שלא יומתו אבות בעון בנים ומקרא מלא מגיד שזהו פשוטו כדכתיב במלכים ב' י״ד ואת בני המכים לא המית ככתוב בתורה לא יומתו אבות על בנים עיי״ש ומה שכתב הגמ״ר שמא מודה ר״י בעד מפי עד ומפי הכתב משום דלא בריר ליה טעמו אם משום דס״ל אפילו נגד המפורש בתורה יכולים חכמים לתקן בכ״מ או כאן דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו לקידושין ולפ״ז אין הילוק בכתב עפ״י ראייתו או עפ״י שמיעתו מפי אחר וגם אפשר ק״ל לר״י דעל פי שנים עדים פשטא דקרא ממעט כתב ועמפ״ע דשניהם שקולים דאין הב״ד שומעים מפי עדים עצמם ולכן יליף ר״י מתכיתא כמו דעכשיו משיאין ע״י עמפ״ע ה״כ ע״י כתב או דס״ל לר״י כתוי״ט הנ״ל דאין ללמוד מפי רק למעט דבר אחד א״כ אינו מפורש המיעוט אי ממעט עפ״כ אי ממעט עמפ״ע אבל בכלמדו יחד מודה לר״ב.

ולשון הרמב״ם בפי״ג מה״ג שקילו חכמים בד״ז והאמינו בו ע״א מפי שפחה ומן הכתב ובלא דו״ח ולמה מפי שפחה כתב בלא וא״ו ומפי ואבל כתב ומן בשלמא מ״ש ובלא דו״ח בוא״ו משום דבכתב ל״ש דו״ח לכן כתב בוא״ו לחלק דקאי על עדות בע״פ וע״כ משום דאם היה כותב מן הכתב היה משמע ע״א מעיד מה ששמע ומפי שפחה שאמרה שראתה בכתב וזה אפשר לא מועיל כמ״ש הגמ״ר לכן כתב ומן הכתב לדון בפ״ע ואף דיש לדחות דאין דרך לרמב״ם לכתוב מה דלא מבואר בש״ס ובר״יף הייכו דמשמיטו אבל כאן דכתב דין כתב למה הוסיף וא״ו ועוד יש להוכיח כן דבא״ז סי' תרל״ז כתב בשם רמב״ן להוכיח דקטן א״כ רק לאלתר ומסל״ת מדשכיב בשילהי יבמות דהוחזקו להיות משיאין ע״פ עד מפי אשה מפי עבד מפי שפחה ולא קתני כמי קטן ורא״בי״ה דחה דלעולם דקטן כמי א״ל לאלתר ומתכיתין איירי במתכוכים להעיד וקטן א״כ רק מסל״ת עיי״ש ועדיין קשה למה לא השיב כתב דשכיח טובא ולריכא רבה דכשבעלה היה במדה״י במרחקים אלא ע״כ משום דהכך דחשיב כאמכים עמפ״ע מפי אשה מפי עבד מפי שפחה שבמע זה מזה וזה מזה כ״ש משא״כ מן הכתב דוקא בפני עלמו כשנכתב לזכרון ולא לשם עדות לכן לא פסיקא לתנא למחשביה.

סי״ג קטן בא״ז סי' תרל״ז ז״ל פסק רא״בן דקטן המסל״ת לאלתר כשר כדתנן רי״א אפילו שמע מן התינוקת הרי אנו בא״ן מלספוד ומלקבור את איש פלוני אבל לאח״ז לא כדתנן הוחזקו להיות משיאין מפי אשה ולא קתני מפי קטן ולא ע״פ קטן אלמא בעינן מסל״ת בקטן ולאלתר הוא דכשר וכו' ורא״בי״ה אומר דאפילו לאח״ז שמיכן אעדות קטן בעדות אשה ומילי דרבנן כדמייתי להו תלמודא בפ' הגוזל ומייתי תרי עובדי במסל״ת ש״מ דל״ש ומה שדקדק מדלא תכן כמי מפי קטן התם במתכוכים להעיד מיירי עיי״ש ודברי רא״בן לריכין ביאור דפתח אבל לאח״ז לא כדתנן וסיים אלמא בעינן מסל״ת בקטן ולאלתר הוא דכשר וגם הל״ל אלמא בעינן בקטן מסל״ת ולאלתר וגם מנ״ל למילף תרתי הא הרא״בי״ה כתב דלפיכך לא תכן קטן משום דלריך מסל״ת ותו לא מוכח דלריך כמי לאלתר ולכאורה י״ל דרא״בן ומקפ״ל אי לא תכן קטן משום דלריך לאלתר או משום דלריך מסל״ת ולכן החמיר דלריך תרוייהו ודוקא כשיש רק קטן אחד אבל אם קטן אחד מסל״ת ואינו לאלתר וקטן אחד לאלתר ואינו מסל״ת סגי דאין להחמיר מה דאינו מוכרח מכח ראיה בעדות אשה או כוכתו להחמיר דלריך מסל״ת ולאלתר בחד גברא ולא די כשאחד מסל״ת ואינו לאלתר וחד לאלתר ואינו מסל״ת וז״ש ולאלתר הוא המסל״ת דכשר כיון דמוכח מדלא תכן כמי קטן ש״מ דאישתכי דינא מאשה ואיכך אפשר דאישתכי בתרוייהו.

עוד י״ל דבפסקי מהרי״א סי' ר״כ כתב הא דכתב הרמב״ם עכשיו באנו ילא לו מלשון המשנה והגמרא הרי אנו הולכין משמע לאלתר וא״כ לא היה לריך רא״בן לזה ראיה אחרת אלא משום די״ל דדוקא במסל״ת דמיירי מינה המשנה ברישא אפילו שמע מן הנשים ופרש״י שלא היו מתכוונות להעיד אלא מסל״ת הרי דמסל״ת גרע וכן בירושלמי גורס דריב״ב אמר בישראל עד שיכוין להעיד דוקא מתכוין אלא דפסק שם דלא כריב״ב עכ״פ חזינן מסל״ת גרע משום דלא רמיא אדעתיה למידק א״כ י״ל מה דאמר ר״י אפילו שמע מן התינוקת הרי אנו הולכין קמ״ל אפילו קטן א״ל שיתכוין להעיד וסגי במסל״ת אלא בקטן משום דמסל״ת חיישינן יותר דאינו זוכר היטב ולא דייק כשאינו מתכוין להעיד אבל במתכוין להעיד מכ״ל להחמיר לזה כתב ראיה מדלא חשיב באידך משנה גם קטן אם איתא דמתכוין להעיד א״ל לאלתר א״כ הוי ליה למתני עם איכך אלא ע״כ דאישתכי דינא בקטן ואין סברא דאישתכי רק לענין לאלתר ומתכוין כשר דאם כשר מתכוין א״ל לאלתר אבכל״ל דבעינן מסל״ת וזה שסיים אלמא בעינן מסל״ת בקטן וממילא לאלתר הוא דכשר כדמשמע בהא דאר״י אנו הולכין או דכוכתו דלבון אפילו שמע מתיכוקת אמרו הרי אנו הולכין משמע תרוייהו ומסל״ת כיון שאומרים דרך סיפור וקיפור דברים וגם משמע לאלתר ולכן פתח רא״בן דקטן המסל״ת לאלתר כשר כדתכן רי״א אפילו שמע וכו' דתרוייהו איתנייהו ביה אלא דיש לדחות דמסל״ת גרע ממתכוין ולכן בעי לאלתר אבל כשמתכוין לעולם כשר בלא לאלתר אלא דר״י נקט לאלתר משום דמסל״ת לזה הוכיח מדלא חכי כמי קטן באידך משנה ע״כ משום דאינו כאמן רק מסל״ת.

ואין לומר הא דלא תכי קטן באידך משנה משום דלריך לאלתר בין במתכוין בין במסל״ת ולהכי תכי ר״י לאלתר אבל מסל״ת א״כ דגרע ממתכוין דבשלמא אם לא תכי קטן באידך משנה משום דלריך מסל״ת י״ל כמו דלא תכי עכו״ס משום דמיירי רק בעד ומסל״ת לא הוי עד והמשנה נקט עפ״י עד אבל אם גם עד מתכוין כשר אף דלריך בקטן לאלתר ה״ל למתני גם קטן כיון דמשכחת דעד כשר הוא בלאלתר ועתה תחזי דרא״בן כזהר מדחיית הרא״בי״ה וא״ל איך ס״ד דמסל״ת גרע הא בעכו״ס עדיף שאני עכו״ס די״ל דנתכוין לקלקל ולהכנס.

או דק״ל לרא״בן דגם בקטן מסל״ת עדיף דאין לחוש דשכרתו כמו במתכוין להעיד ולפיכך הוי ס״ד דדוקא במתכוין להעיד לריך לאלתר דאז על״ג מיד ומה דאר״י ששמע מן התינוקת הרי אנו באין אפשר לפרש במתכוין להעיד דהרי קמן דכן ס״ל

כמי

כמי להטור וכיון דמתכוין להעיד יש לחוש בקטן דשכרתו משום דמקרבא דעתיה דינוקא לגבי זוזי כדאיתא בב״ב דף קכ״ו וז״ש הרא״ש אבל לאח״ז לא אפילו מסל״ת כדתנן הוחזקו משיאין מפי אשה ולא קתני מפי קטן אלמא בעינן מסל״ת בקטן ולאלתר הוא דכשר מדקתני, הרי אנו באין דל״ל דמיירי במתכוונין ולפיכך לריך לאלתר דהא מוכח מאידך משנה דלריך מסל״ת דוקא ומהתם לא מוכח רק דלריך מסל״ת וכמ״ש ומלשון דהרי אנו באין מוכח דלריך לאלתר כמ״ש בפסקי מהרי״א הכ״ל וברש״י בפיה״מ ביבמות דף קכ״א ע״ב בין שהוא מתכוין בין שאינו מתכוין פירש שהוא מתכוין להעיד וכ״כ הכמ״י וכתב תוי״ע משמע דאם נתכוין לשתיר לא ול״ע עכ״ל ול״כ דלא נתכוין רש״י לזה אלא דס״ל דאין מתכוין עדיף דמסל״ת כאמן דוקא קטן כדאיתא התם בריש׳א דמתניתין וכן בעכו״ם א״כ ה״כ בישראל גדול דע״א א״כ בדשב״ע ומשום דחיישינן ששכרו הבע״ד כמ״ש תשב״ץ בענין ע״ז א״כ מסל״ת דניכר דלא מתכוין להעיד עדיף וכהי דמהימן בין כך ובין כך מ״מ ה״ל להזכיר הפשוט יותר תחלה כדאיתא בפרש״י בס״ק דסוכה דף כ״ף ובספרי פ׳ שופטים אמר ר׳ יהודה לא יקום ע״א באיש מה ת״ל באיש באיש אינו קם אבל קם בעדות אשה וכתב הפנ״י בריש גיטין דלא איירי אלא בע״א שמעיד על מיתת הבעל שעיקר עדות העד אינו להתיר האיסור דדבר שבערוה אלא על מיתת הבעל דהוי כעין גילוי מלתא בעלמא ואיתתא ממילא משתריא והנה ביבמות שם ה״ד מתכוין להתיר אמר איש פלוני מת השיאו את אשתו אבל אמר פלוני מת סתם זהו נתכוין לעדות וא״כ כשאמר מת סתם דנתכוין רק לעדות ואיתתא ממילא משתריא הוי רק כגילוי מלתא וילפינן מקרא או אסמוכוהו אקרא ופשוט יותר ומסל״ת דקרא בעדות מיירי לא במסל״ת משא״כ כשאמר השיאו את אשתו בא להתירה ולכן הא דנקט התנא בין שהוא מתכוין בריש׳א ע״כ מיירי דמתכוין להעיד לבד.

ועוד לפימ״ש הרא״ש דהא דפרש״י שם במשנה אפילו שמע מן הנשים שלא מתכוונות להעיד ומסל״ת משום דמשנה זו כישנית מקמי הא׳ משנה דלקמן דפליגי רע״ק ורבנן בעדות מפי אשה ומשמע דמשנה דשמע מפי נשים אתיא ככ״ע לכן פירש דמיירי במסל״ת והנה הא דמודה רע״ק בע״א יותר מאשה הא מונ״כ אם משום דהוי דשב״ע הא לריך שני עדים ואם מדמי לה לשאר איסור גם אשה כאמנת ל״ל משום דדרים בספרי לא יקום ע״א באיש אבל באשה קם וס״ל דע״א הייכו אדם כשר ולא אשה ולפימ״ש פנ״י הכ״ל משום דאינו מעיד להתירה רק על מיתתו הוי רק כגילוי מלתא ואיתתא ממילא משתריא ולפי דעת הרמב״ם משום דעל״ג ובהלכות קידוש החודש פרק ג׳ הלכה י״ד כתב דע״א נאמן לומר שקדשו ב״ד את החדש דדבר זה עשוי להגלות ודוקא עד כשר וכן לענין שבועה לא קם אלא ע״א כשר א״כ ה״כ בעדות אשה כיון דדרשינן לא יקום ע״א באיש אבל בעדות אשה קם לא ילפינן רק עד כשר קם וכ״כ בנו״ב חא״ע סי׳ ל״ג ואפילו אם כימא דהך דספרי רק אסמכתא מ״מ ס״ל לרע״ק דלא הקילו חכמים לעקור דברי תורה רק במקום דיש לאסמכו על ד״ת אך כיון דשני לן מעדי גט עכל״ל כמ״ש הפ״י משום דבמיתה הוי רק כגילוי מלתא וה״ד כשאינו מעיד להתירה דאינו אומר מה בעלה התירו אותה להנשא וכדמחלק הגמרא בגוי בין מיכוין רק לעדות ובין מיכוין להתירה לכן פרש״י בין מתכוין דהייכו רק לעדות דבזה מודה רע״ק דנאמן מכח הקרא ואתיא המשנה ככ״ע ובירושלמי ר״פ הא״ש אמר דע״א דא״כ למשנה ראשונה והאשה עלמה נאמנת לומר מת בעלי דע״א חשוד לקלקלה והאשה אינה מקלקלת א״ע וטעם זה ל״ע דהא קי״ל בפז״ב דאפילו ולאי סוכא מעיד דלא נחשדו ישראל להעיד שקר משום שנאה ול״ל דשאני עד אחד משני עדים וג״ז ל״ע דא״כ לא יהא נאמן היכי דמחייב ממון ע״י ע״א כגון מחויב שבועה וא״י״ל ומשלם ול״ל דשא״ה דע״א א״כ בדשב״ע לא רלו חכז״ל להאמינו כשים חשש כ״ד וכה״ג כתב יש״ש פע״ו מיבמות סי׳ י״ב.

בחמ״ח וב״ש הביאו ומהרי״א דאין חילוק בין קטן המעיד לפני ב״ד ובין השומע מהם דלא כחכ״א שמחלק דעדיף קטן המעיד בעלמו לפני ב״ד ולי נראה דלזה נתכוין הרא״ש שכתב מדלא תני במשנה דהוחזקו להיות משיאין מפי קטן או עפ״י קטן אלמא דלריך מסל״ת כונתו דהיה אפשר לומר דלא קתני מפי קטן דהייכו עד מפי עד מפי אשה מפי קטן ובזה דוקא דלריך מסל״ת אבל קטן בעלמו לפני ב״ד א״ל מסל״ת לכן כתב דה״ל למתני עפ״י קטן דהייכו דלא בא העד השומע ממנו לפני ב״ד אלא דב״ד עלמו משיאין עפ״י קטן ש״מ ג״ז לריך מסל״ת.

סי״ד שהשיח לפ״ת וכו׳ כילד כן הוא ברמב״ם וכתב הריב״ש סי׳ שע״ז וש״פ דל״ד שאמר כן בקיסור דברים ולא אמרה הרמב״ם אלא לרווחא דמלתא לומר שבזה ניכר שלא נתכוין להעיד וה״ר משילהי יבמות אהא דתנן אחד שעמד בראש ההר ואמר פב״ב מת והשיאו את אשתו ופריך דלמא שד ודלמא לרה ול״פ דלמא עכו״ם א״ו דזה חשוב מסל״ת עיי״ש וקשה מאי ראיה כימא איש פלוני מת הוי ספק מסל״ת כמ״ש בעלמו שע״י ק״ד ניכר שלא נתכוין להעיד וחיישינן לספק אחד לחומרא והא דל״פ דלמא עכו״ם משום דהוי ס״ס שמא לאו עכו״ם ואת״ל עכו״ם שמא לא נתכוין להעיד ובעז״כ ס״ק ל״ג כתב דמקשים העולם דאם תוספת דברים אלו לריך כדי להכיר שאין הגוי מתכוין להעיד אם כן כשלא אמרן יש ספק שמא נתכוין לשעיד א״כ איך פוסק הריב״ש דמותרת בלא תוספת דברים ולפימ״ש הב״ח דאם אפשר לחזור אחר ישראל שיעיד לא סמכינן אגוי שאמר מת פלוני בלי ב״ד רק כשא״א למלוא מתירין אותה י״ל דברי ריב״ש דכתבו הרמב״ם לרווחא דמלתא דאז א״ל לחזור אחר עד ישראל אך גם דברי הב״ח לל״ע דמ״מ אם תמלא ישראל היודע הרי היא מותרת כיון דמת בעלה אפילו לא בא והעיד ואם לא תמלא הרי הדין להתירה ע״י הגוי ולמה לריך לחזור אחר ישראל ולעגנה ול״ל דלכתחלה חוששין ללעז לכן עדיף להמתין עד שיעיד ישראל וזה שכתב הריב״ש דבזה ניכר שאין מתכוין להעיד הייכו דניכר לכל השומע וליכא לעז אבל אכן בלאה״כ לא חיישינן דבמרדכי פ״ק דגיטין סי׳ שכ״ד כתב מספר החכמה דגוים אינם פסולין מן התורה לעדות אלא מטעם שהם גזלנים ור׳ יקיר היה אומר דעכו״ם המוחזקים שאינם שקרנים כשרים לעדות ול״כ כיון שאינו בכלל אחיך ולא עדיף מעבד את״ד ובעדות אשה דעבד כשר אם כן ליתא לה״ע אלא ל״ל מחשש שהוא גזלן ושקרן וא״כ בספק מסל״ת י״ל שמא אינו גזלן ושקרן ואת״ל דהוא גזלן ושקרן שמא אין

אין כונתו להעיד אלא משום לעז אין לסמוך על זה כשאפשר בלעדו ועי' תוספת ריש גיטין דף ג' בסד"ה חד ועוי"ל דא"ל מ"מ לפ"ד הב"ש לקמן סל"ש דלריך שיעיד העד האחרון לפני ב"ד דוקא.

ונ"ל ראיה דבספק יש להתיר דביבמות דף קכ"א ע"ב תנן בנכרי אם היה מתכוין אין עדותו עדות ובגמרא אר"י אמר שמואל ל"ש אלא שנתכוין להתיר אבל נתכוין לעדות עדותו עדות והיכא ידעינן אר"י בא לב"ד ואמר פלוני מת השיאו את אשתו זהו נתכוין להתיר מת סתם זהו נתכוין לעדות ור' יוחנן פליג דגם נתכוין להעיד אין עדותו עדות וקשה לר"י א"ש כיון שבא לב"ד והעיד אף דלא אמר השיאו את אשתו שמא נתכוין להתיר ואדרבה יותר נוטה הכי כיון שבא לב"ד למה כ"מ עדותו א"ל להתיר ואם נתכוין להוריד יורשין לנחלה כמו דחיישינן בנתכוין להתיר דמסקר ה"נ אם נתכוין להוריד יורשיו לנחלה ולא יועיל עדותו כלום אע"כ כל דלא חזינן בבירור דנתכוין להתיר אחזוקי ריעותא לא מחזקינן ואם כן אמרינן לר"י א"ש דמיקל הרבה אף דבא לב"ד ומתכוין ודאי להעיד כ"ש לדידן בספק נתכוין להעיד דאין להחמיר.

ובשו"ת הר"ן סי' ג' כתב דאין ספק דכל מי במתכוין להעיד אומר אותו דבר לבדו לפי שאין כונתו בדרך סיפור דברים ומי שהוא אומר מסל"ת אינו אומר אותו דבר לבדו אלא בקשר ענין לפניו או לאחריו וכל שלא אמר כן אינו אומר כמספר דברים אלא כרולה להודיע אותו דבר לבדו ואינו כאמן עכ"ל ובשו"ת אחרונים הקשו עליו מהא דאיתא בחולין דף צ"ז דאמר ליטעמיה קפילא ארמאה ופרש"י דקמ"ל דמותר לסמוך עליו לפ"ת ולא יודיעוהו שלריכין עליו לדבר או"ה הרי אע"ג דמודיעין לו שלריכין לו לידע מה טעם יש בו ומתכוין להודיע לן אותו דבר הוי מסל"ת כיון דאינו מתכוין לאיסור או להיתר הובאו בעז"נ ס"ק ל"ג ואינו ראיה לפימ"ש הטו"ז ביו"ד סי' ל"ח בכונת הרא"ש והטור התם דאם יודע העו"כ שסומכין עליו בד"א לא לענין או"ה חשוב מסל"ת משא"כ לענין עדות אשה עיי"ש וא"כ בעדות אשה כל שלא השיח בק"ד יש הוכחה דכונתו לסמוך עליו לענין איזה דבר ל"ה מסל"ת בעדות אשה דוקא ובלא"ה"כ נמי אין ראיה דהא רש"י ס"ל טכ"ע ל"ד והוי רק דרבנן או כמ"ש הש"ך ביו"ד שם דהתם הוי מלתא דעל"ג מיד להכי קיל יותר דכאן אף דהוי על"ג אינו מיד ומתיר יותר ולו שקול ישקל מ"מ שא"ה דהוי קפילא נמי ויש חזקה דלא מרעא אומנתו והא דלריך התם נמי מסל"ת משום דהספק התם אם נתבטל טעם האיסור להיתר ויש חזקת איסור אבל כשהוא מסל"ת כהי דאין לסמוך על מסל"ת בדאורייתא משום שמא מתכוין ומעריס ואומר מסל"ת וכ"ש התם דשואלין אותו איזה טעם יש בו שמא מרגיש דנ"מ לאו"ה אך כיון דכבר יש ספק מחמת המסל"ת תו ליכא חזקת איסור דספק אחד מסלק החזקה כמ"ש הש"ך ביו"ד בכללי ס"ס ס"ק כ"ה ומתילא סמכינן אחזקת אומן דלא מרעא אומנתו ובחידושי ליו"ד ביארתי הדבר יותר.

ובישוע"ך הקשה לרמב"ם דעכו"ם ומסל"ת ל"ל קברתיו א"כ בשילהי יבמות בעלה לראש ההר ואמר פב"פ מת ולא מלאו שם אדם דתנשא ניחא שמא גוי דהא לא אמר קברתיו וכ"ל דרק בודאי עכו"ם סיים שאמר בדדמי כיון דלא נתכוין להעיד וביסראל מסל"ת ל"א כיון דאפשר עי"ז תנשא אשתו דייק יותר שלא יבא מכשול ע"י אבל בספק עכו"ם כולה האי אין לחוש דהוי ס"ס שמא אינו עכו"ם ואת"ל עכו"ם שמא אינו אומר בדדמי והא דפריך שמא לרה אף דג"כ איכה ודאי דמסקרת ה"ע דרגל"ד מדעלה לראש ההר והלך לו ולא כמלא דכונתו לקלקל ולכן העלים עלמו תדע דאל"ה כיוא כל דפרוש מר"פ ומפרע היכא דלא ידעינן כלל אם יש לו עוד אשה מדלא משני שאין לו עוד אשה ע"כ דפריך שמא לקח עוד אשה וע"כ כ"ז רק משום דרגל"ד אבל לעכו"ם אין לחוש רק לבדדמי וכשאין מסל"ת דלא מהימן משום דפיהם דיבר שוא וכמ"ש הב"ש סו"ר בשו"ת ומהרי"ט ח"ב באה"ע סל"ב הוכיח דגם לרמב"ם אל"ל קברתיו רק היכא דאפשר לברר כשהעכו"ם לפנינו דאל"כ תקשי דליחוש בעלה לראש ההר שמא עכו"ם והובא במל"מ פי"ג מה"ג הט"ו וכתב המל"מ דאין ראייתו ברורה דא"כ מה יענה להר"ן דס"ל מת פלוני סתם ל"ח מסל"ת כל שלא הקדים דברים אמאי ל"פ התם דלמא עכו"ם הוי אע"כ דגוי למה יעמוד בראש ההרים במקום שאין אנשים לומר מת פלוני שהוא אינו אומר אלא לתומו כמספר דברים לחברו אבל לרה דמיכוונה לקלקלה וכן סד דמכוין להטעות הוא דחיישינן עכ"ל ודבריו לל"ע דמאלס הקושיא להר"ן כיון דאינו מקדים דברים ל"ח מסל"ת אלא מתכוין ולהעיד א"כ כמו דתלינן בישראל כן י"ל דעכו"ם היה וודאי אינו מסל"ת מדעמד בראש ההר במקום שאין אנשים ונראה כונת המל"מ דאין דרך עכו"ם לבא להעיד כשלא נקרא לכך אלא מספר לפי תומו לחבריו וזה שעמד במקום שאין אנשים ודאי ישראל הוא ומיכוין למלוה להודיע שמת פלוני ואין לחוש רק לסד ולרה.

ובזה א"ש דברי ריב"ש ברווחא מש"כ דלא לריך ק"ד רק לרווחא דמלתא דבזה ניכר שלא נתכוין להעיד דתפסו עליו א"כ איך מתיר בלא ק"ד הא הוי ספק שמא נתכוין להעיד ולפימ"ש י"ל בספק תלינן במלוי יותר דדרך גוי לספר במסל"ת לחברו ואין דרכו להעיד בלא שאלה אלא כשהוא לפנינו ואפשר לברר כונתו לריכין לברר כל שלא אמר בקיצור דברים וחד טעמא הוא בין מה דסמע מראש ההר דל"ח שמא עכו"ם ובין כשעכו"ם אמר מת פלוני דלא חיישינן דנתכוין להעיד משום דאין דרכו של עכו"ם אלא לספר לפ"ת ובספק י"ל גם הר"ן לא אסר אלא דס"ל דאין ספק אלא ודאי כשאומר בלא ק"ד מתכוין להעיד אבל לריב"ש דהוי רק ספק לכן תלינן דהוי ומסל"ת אך לקמן סע"ז ובחמ"ח ס"ק ל"ה מבואר דלהר"ן וריב"ש היכא דיש ספק אי היה מסל"ת סתמא לא אמרינן דהוי מסל"ת.

ברמב"ם פי"ג מה"ג יצא עכו"ם וישראל ונעמנו למק"א ובא העכו"ם והשיח לפ"ת ואמר איש שילא עמי מכאן מת משיאין את אשתו אעפ"י שאין העכו"ם יודע אותו האיש והוא שיאמר קברתיו ובהה"מ שם דבשילהי יבמות שלבה מעשיות כאלו ונזכר בהם שאמר קברתיו והרשב"א השיב עליו מהמעשים הנזכרים שם שכיב אסא ופרשא זריזא דלא נזכר קברתיו וכן מבואר ברמב"ם ותירץ הה"מ דלפי שאין העכו"ם מזכיר שמו כ"ל קברתיו ותמה הכ"מ דבאמירתו קברתיו אינו מוליאנו מידי ספק אם הוא איש פלוני שמת או אם הוא אחר וכ"ל לפימ"ש בכת"י פחז"ה אהא דה"ג דדר כקשתא בעילותא די שנין ואתא מאריה דביתא וא"ל מה בעית בהאי ביתא א"ל מפלניא זבינתיה א"ל ר"ח אי אית לך סהדי דדר היה

היה הא מקמך חד יומא מוקמינא ליה בידך והקשו ליהמן המחזיק דדר ביה חד יומא במגו דאיהו לקחה מיניה דהא החזיק יותר מג״ש ותרלו רמב״ן והמפרשים משום דאף כי נימא מגו אכתי איכא לספוקי אם המוכר קנאה מזה המערער לא אמרינן מגו דלאו מפיו אנו חיין שנאמין כ״כ לדבריו משום מגו עד שנלטרך לברר ספק אחד מדעתינו לקיים דבריו ולטעון שהמוכר לקחה מן המערער את״ד שם והנה אם דר המוכר חד יומא וזה החזיק שני חזקה מכח זה אנן דכין שהמוכר לו קנאה מן המערער דאל״כ לא היה שותק כ״כ וה״נ כאן דהא במסכה מפורש דמסל״ת נאמן ומ״מ איכפל הגמרא באותן מעשיות להשמיענו דמסל״ת נאמן אע״כ דאי לאו דקמ״ל ה״א כל שלא פירש העכו״ם שמו חיישינן שמא נזדמנו אחרים שהלכו עמו ורק מכח אומדנא אמרינן היינו הך שילא עמו מת הוא ולא אחר וכיון דנאמנות העכו״ם קליסא ורק מכח מסל״ת מהימן ה״א דלא מפיו אנו חיין שנאמין כ״כ לדבריו משום מסל״ת עד שנלטרך עוד לברר ס״א מדעתינו לומר היינו זה שילא עמו לבד ולא גם אחר ילא עמו וכן בקולר ואידך מעשה הכל רק מכח אומדנא וכיון שנזכר בכל אלו שאמר קברתיו עדיין אין לך בו רק חידושי דבלא קברתיו י״ל דנאמנות עכו״ס דלא חיים למיכשל קליסא שמא אומר בדדמי וכשלא הזכיר שמו לא סמכינן עליו כ״כ עד שנברר עוד ספק אחד מדעתינו לומר זה הוא שידענו שילא עמו ולא נזדמן עוד אחר שילא עמו ובזה מתורץ קושית התוספת בגיטין דכ״ח ע״ב בד״ה וקתני ישיאו את אשתו דהא רב יוסף קאמר דב״ד של א״ה כיון דגמיר דינא לקטלא מיקטל קטלי ליה א״כ ה״ל לאקשויי אמאי שמע מקומטרסין של גוים יולא ליהרג אל ישיאו את אשתו עיי״ש ולפיו״ם א״ש דזה דאידם רב יוסף היינו דאנו מבררין הספק מדעתינו דמיקטל קטלי ליה בזה ל״מ מסל״ת דלא מפיו אנו חיין כ״כ להאמינו על שנברר עוד ס״א מדעתינו.

ערכאות בגיטין כ״ח ב׳ שמע מקומטרסין של נכרים איש פלוני נהרג אל ישיאו את אשתו ופריך הא קי״ל דכל מסל״ת היימנו היימני ליה והוכיח ריב״ש מזה דגם בלא קישור דברים חשוב מסל״ת ולע״ד אינו ראיה לפי מה שחקר בכנס״י שאלה כ״ג לפי מה דקי״ל בחו״מ סי׳ ס״ג דערכאות לא מרעי נפשייהו א״כ היכא דליכא חשש התפארות כגון שההרוג לפניו ואומרים דפלוני הוא דלא כ״מ להתפאר מנו הוא י״ל בעדות אשה מהימני רק י״ל איסורא ממוכא לא ילפינן דהחמירו חכז״ל בא״א יותר עיי״ש וא״כ י״ל בלא ק״ד הוי ספק אם מסל״ת או מתכוין להעיד אך הכא דבלא״ה י״ל חזקה לא מרע נפשייהו רק מדרבנן החמירו א״כ בספק מסל״ת הוי רק ספק דרבנן.

ועוד די״ל חזקה לא מרעי ל״ש רק במתכוין להעיד ולא במסל״ת דלא אומר לשום כ״מ וכמ״ש בש״ך יו״ד סי׳ ל״ח סק״ב בשם מהר״ג וגם י״ל דהך חזקה לא אלים להוליא מחזקת א״א ולסכי לא פריך הש״ס דליהמני מחמת חזקה דלא מרעי נפשייהו אלא דמסל״ת נאמן מה תאמר כיון שאמרו בלא ק״ד הוי ספק מסל״ת מ״מ ע״י ספק אחד כבר ילאה מחזקתה כמ״ש הש״ך ביו״ד בכללי ס״ס ס״ק כ״א א״כ תהימני משום חזקה דלא מרעי נפשייהו ובזה א״ש מה דלא קאמר והא הוי מסל״ת וקי״ל מסל״ת נאמן ועוד לימא רב יוסף ק״ל דזה לא הוי מסל״ת דלריך ק״ד ולפימ״ש א״ש דפריך דבעלמא מסל״ת נאמן לו יהא דכאן אינו ודאי מסל״ת מ״מ אמאי לא ישיאו את אשתו אך ברא״ש פ״ק דגיטין סק״א כתב דבעדות בע״פ מרעי נפשייהו והובא בשו״ת פרשת מרדכי חא״ע סי׳ כ״ז וזה דלא ככנס״י.

ובח״ם חא״ע סי׳ מ״ג ה״ר דערכי נאמן בעדות אשה במתכוין להעיד ובכתב משו״ת הר״ן סי׳ ג׳ שנזכר גוי כתן כתב שהעידו לפניו דבעלה של פלוני מת ונקבר והשיב הר״ן דהעדים גוים לא הסיחו לפ״ת ות״ל דנזכר עלמו לא הסל״ת ובשגם הוא עדות בכתב של גוי ואינו מקוים עיי״ש ואינו ראיה כבר העיד מומר ומסל״ת על בעלה שמת בדבר והשיב הר״ן דדבר הוי כמלחמה וע״א במלחמה הוי בעיא ולמוורנא עיי״ש וע״א במלחמה נמי אם נשאת ל״ת כדלקמן סעיף כו״ן וא״כ ודאי ליכא חזקת א״א לדעת ש״ך הכ״ל דע״י ס״א ילאה ומחזקת איסור כ״ש הכא דהוי ספק בדין ולא במליאות ואפילו בלאו דעת הש״ך כיון דכאן אם נשאת ל״ת ואין האיסור רק לכתחלה וכ״ש דכ״פ ס״ל דדבר לא הוי כמלחמה לכן בכה״ג יש לסמוך על חזקה דלא מרעא נפשיה ואפי׳ הכתב אינו מקוים כיון דמה״ת ל״ח לזיוף ע״כ הולרך לטעם דעדים הגוים העידו בפני הנזכר ע״י שאלה ול״ה מסל״ת.

סמ״ן עכו״ס שהסל״ת תחלה כתב מהריב״ל אפילו אח״כ נתכוין להעיד משיאין אותו ובעז״ה הקשה דבס״פ השוחט פליגי רשב״ג ורבנן אם אמרינן הוכיח סע״ת וכמב״ס פסק דהוא ספק והביא מנדרים דף מ״ח דכ״א הוכיח סע״ת רק היכא דמוכח גם בל״ל סי׳ מ״ה הוכיח מהתם להכא כן ולע״ד ל״ד להתם דהתם הקנה לחברו וע״י ספק לא נתבטל המתנה כשליכא הוכחה דהוי דברים שבלב וכדמחלק הריב״ש סי׳ קל״ה והובא ביו״ד סי׳ ר״ח ס״א בהג״ה בין נדר לחבירו לנדר בינו לבין עלמו וכ״כ בנתיבות סי׳ פ״ה סק״ג דדברים שבלב אינן דברים לבטל קנין בכור ועתוס׳ ר״פ השליח בסד״ה מ״ד ובריט״א בפ״ב דבכורות בד״ה ואולם לענד״כ דאיסורא בתר ממונא גריר אף לקולא וכ״ש לאיסור ומה״ט נדחה נמי ראיות הל״ל מהכותב נכסיו לאחרים והיו בהן עבדים דאם היה רבו שני כהן אוכלין בתרומה דאם ליכא טעם על שתיקתו תחלה מודה רשב״ג דל״א הוכיח סע״ת דהתם נמי הוי מתנה לחברו ואין מבטלין בלא אומדנא דמוכח וכן ראיה שהביא מהא דאמר שא״ה דאמר כתבו דהתם ל״ל הוכחה למפרע לעשות ודאי להקל וכ״ז ל״ש כאן דבספק נמי שמא הוכיח סע״ת ול״ה מסל״ת ול״ל דהוי ס״ס שמא לא הוכיח סע״ת ואת״ל הוכיח סע״ת מ״מ אינו ודאי דמסקר הדא דמהרלב״ח סי׳ קכ״ז כתב שחזקת אסר פיהס דיבר שוא היא חזקה ודאית ואין בה ספק כלל ועוד אינו ס״ס המתהפך ועיין פלתי סי׳ ד׳ סק״ב לכן נ״ל אף דקי״ל כהריב״ש דמסל״ת הוי אף בלא ק״ד מ״מ אם לבסוף נתכוין להעיד י״ל מספק הוכיח סע״ת אך אם מתחלה אמר אוי לפלוני שמת כמה היה נאה וכדומה כמ״ש רמב״ס פי״ג מה״ג הי״א שהן מראין שאין כונתו להעיד בזה אין לחוש דהוכיח סע״ת ובזה י״ל סוגית הש״ס ביבמות קכ״א ע״ב ההא דתנן ליסראל אעפ״י שהוא מתכוין ובנכרי אם היה מתכוין אין עדותו עדות וקאמר ר׳ יוחנן אם נתכוין להעיד וקאמר הש״ס אלא הא דתנן ובנכרי אם היה מתכוין היכא משכחת לה פרש״י דיהא עדותו עדות וקאמר הש״ס במסל״ת כי הא׳ דהוה קאמר ואזיל מאן איכא בי חיואי מאן איכא בי חיואי שכיב חיואי והאי דקאמר

דקאמר ואזיל ווי לפרשא זריזא דפומבדיתא דשכיב ואכסיב רב יוסף ליכסייהו ופרשו הר״ן דהיינו ק״ד עלא״מ שם ושער אפרים סי׳ ק״י וקשה לריב״ש ובריב״ש ומהרמ״ל הקשו דליתא דמשכחת שלא בא לב״ד ולפימ״ש י״ל דיל״ד במשנה דקאמר ובנכרי אם היה מתכוין ולא קתני אם הוא מתכוין כמו גבי ישראל ומלת היה מיותר לגמרי אלא דקמ״ל דוקא אם היה מתכוין מעיקרא אינו נאמן אבל כונתו לבסוף לא מזיק ולא אמרינן הוכיח סע״ת לזה אמר היכא משכחת לה דהא באמת י״ל הוכיח סע״ת לזה קאמר במסל״ת כי האי דהיה מתאונן דניכר שאין כונתו להעיד אזי לא חיישינן אם מעיד לבסוף לומר הוכיח סע״ת ובזה י״ל ג״כ מ״ש הריב״ש בסי׳ ש״פ עמ״ש הרמב״ם דמסל״ת כגון שהיה מתאונן כתב לרווחא דמלתא שבזה נכיר שאינו מתכוין להעיד דהקשו עליו א״כ איך מתיר ריב״ש באומר מת פלוני לבד הא יש ספק שמא נתכוין להעיד ולפימ״ש א״ש דבלא״ה כ סתמא הוי מסל״ת אך כשנולד א״כ ריעותא דנתכוין להעיד נולד ספק למפרע אם הוכיח סע״ת אבל כשתחלה הסיח לפ״ת דרך התאוננת בזה נכיר שאינו מתכוין להעיד ומוליאכי מהספק וכדמוכח מהש״ס כמ״ש.

ולפימ״ש הנ״ל סימן מ״ב דאם התכוין בתחלה אף דלאחר כמה חדשים הסל״ת אינו נאמן י״ל דלהכי תנן ובנכרי אם היה מתכוין היינו אם כבר בתחלה היה מתכוין תו לעולם אין עדותו עדות מ״מ מזה גופא ידעינן ההיפוך אם מתחלה מסל״ת אף דנתכוין אח״כ נאמן כמבואר בל״ל שם דלמד מתכוין מתחלה ומסל״ת לבסוף דאינו נאמן מהפוסקים שכתבו דאם הסיח לפ״ת תחלה אינו מזיק אם מתכוין לבסוף אף דלא ביאר הנכרי תחלה דבריו לגמרי ולבסוף שואלין אותו ומברר לגמרי.

ואפשר לומר לפ״ד הרמב״ם דבמסל״ת מצריך שיאמר קברתיו ותמהו עליו הא שכיב חיוואי והוא פרשא זריזא דבש״ס לא אמר קברתיו וי״ל דה״פ דש״ס היכא משכחת דלא מתכוין מתחלה רק לבסוף ויועיל לזה אמר במסל״ת כי האי דאמר תחלה דרך התאוננת דאכסבה רב יוסף וקשה הא לא אמרו קברתיו אע״כ דשאלו אותם אח״כ ואמרו קברתיו והא אז מתכוונים להשיב לשואל אע״כ כיון דהסל״ת תחלה דרך התאוננת מועיל מה שיאמר ויברר אח״כ ע״י שאלה ובכנה״ג בהגב״י או״ת פ״ד כתב הא דאכסבה ר״י לדבותהו ע״ז שאמר שכיב חיוואי ולא הזכיר שם עירו ולא שם אביו צ״ל דהגוי הזכיר שם אביו אלא שהתלמוד לא רצה להאריך וקצר עיי״ש ויותר מרווח לומר דמעיקרא אמר רק שכיב חיוואי במסל״ת ואח״כ שאלוהו מאן אותו חיוואי ופירש גם שם אביו והתלמוד רצה רק לומר האיך הוה מסל״ת לכן לא האריך מה שאמר אח״כ ע״י שאלה והדעת נותנת כן כיון דלא נתכוין להעיד ולהתיר רק נתאונן למה יזכיר שם אביו.

אעפ״י ששאלו אותו אח״כ כתב מהריב״ל בשם הר״ם חאלווה דלמד מהא בפונדקית דכי היכי דבכיה דידה הוי התחלה ה״ה אם היהודי הבעל דבר בכה כשראה הגוי שפירש עם אותו הנעדר והגוי הסל״ת אין זה מסל״ת לפי שבכיית הישראל היתה הערה לגוי שיאמר אם הוא חי או מת והע״כ ש״ק ק״ד חולק עליו והביא סעד משו״ת הרא״ש סימן מ״ד על מעשה שבא גוי לבית ישראל לקנות עורות וראה הגוי באותו חצר אשה בוכה אמר הגוי לישראל מי זאת האשה הבוכה היא אשת מוסי יוסי א״ל הן ענה הגוי בחכם אינה בוכה שכשבאתי מעיר פלוני ראיתי אותו הרוג ומסיק להתיר עיי״ש ולי נראה לחלק אם התחלת הבכיה כשבא הגוי אצלו הוי הערה לגוי שיאמר אם מת ולמעשה דהר״ם חאלוה משא״כ במעשה דהרא״ש הגוי מצאה בוכה מכבר טרם ראתה הגוי שבא.

אבל שאלו אותו תחלה איה חברנו כתב מהרב״א סכ״א דוקא ששאלוהו איה חברנו דשאלוהו אגופיה ממש אבל אם שאלו מה חידוש בספינה פלונית ואמר הגוי נטבעה והיה בה יהודי פלוני ונמצא על שפת הים ונקבר הוי מסל״ת וראיה מהמביא תניין י״ט ב׳ ר״פ כי הוה אתא לקמיה שטרא פרסאה דעביד בערכאות של עכו״ם מקרי להו לשני עכו״ם זה שלא בפני זה במסל״ת ומגבי ביה וממשעבדי פירש מש״ה קרי להו זה שלא בפני זה כדי שלא יבינו דבעינן למסמך עלייהו והא ודאי דהוה קרי העו״כ דלקריוה ליה להוא שטרא ולאו דאינהו מנפשייהו קרו ליה ואפ״ה משום דלא ידעי דבעינן למסמך עלייהו במידי קרי להו מסל״ת בכ״ד נמי אף דשיילה מהספינה כיון דלא ידע אי בעי למסמך עליו בעדות היהודי שפיר מקרי מסל״ת ובעלי ארזים ס״ק כ״ג הקשה דהתם נמי הוה כשאלו אגוף הדבר כיון דא״ל שיקרא השטר באזניו ומ״ש זה מאיה חברנו אע״כ שא״ה כיון שנתכונו יחד השני גוים זה שלא בפני זה ודאי דקושטא קאמרי ואף דאין זה חשוב מסל״ת אלא היה סומך עליהם כמסל״ת בעלמא וכ״מ ברמב״ם פכ״ז ממלוה שכתב שנמצא כ״א מהם כמסל״ת וא״כ אדרבה ראיה משם להיפך דאם הוה מסל״ת מה צורך לשנים ואם אחד אינו נאמן גם שנים אין נאמנים עיי״ש ול״נ דודאי מ״ש מהרב״א משום דלא ידעי דבעינן למסמך עלייהו במידי קרי להו מסל״ת זה קשה ההבנה כיון דקרי להו שיקראו לפניו השטר איך לא ידעי דבעינן למסמך עלייהו במידי אך מ״מ כיון דהרבה ענינים יש בשטר שמות הבע״ד וסכום המעות וזמן ההלואה וז״פ או אם כתוב בו איזה תנאי והעכו״ם א״י על איזה פרט היה הכחשה בין הבע״ד או אפשר קרי ליה כדי שיירא הבע״ד לטעון שקר כנגד מ״ש בשטר דאף דאין סומכים על עדות עכו״ם מ״מ ירא לטעון שקר כמ״ש הרא״ש בתשובה כלל ס״ו ס״ח דלא אמרינן מגו שהיה יכול לטעון טענה מה שיכחישו אותו עדים פסולים לכן קרי ליה מסל״ת וה״ה כששאלו לעכו״ם מה נעשה בהספינה דהוי שאלה כללית חשוב מסל״ת על היהודי דלא ידע אם נתכוין השואל לאותו היהודי ומה דבשטרי פרסאה הוצרך שנים וזה שלא בפני זה משום דכל מה דאפשר לברורי יותר מבררינן ואינו דומה לעגונה דמה תעשה אם לא תמצא עוד עכו״ם מסל״ת ולכן כתב הרמב״ם דהוי כמסל״ת דאינו מסל״ת ממש כיון דעכ״פ הרגיש דלאיזה צורך יש כ״מ בקריאתו אבל צ״ל כיון דהם זה שלא בפני זה חשוב כמסל״ת אף דאינם כלל מסל״ת כמ״ש בעלי ארזים דמה ענין זה לזה ותלי בדלא תניא דהיכן מצינו דסמכו בשטרות במידי דאורייתא אמסל״ת זולת כאן בדר״פ ולשון הרמב״ם נותנו ולשני עכו״ם זה שלא בפני זה וקורין לו שנמצא כ״א מהן כמסל״ת משמע כמהרב״א משום דכ״א א״י אם גם אחר יקרא וידוע לכל דעל אחד אין סומכין לדינא כסבור דלא למסמך עליו נקרא אלא לענין אחר דלא כ״מ לדינא לסמוך עליו ומ״מ לפימ״ש הטו״ז ביו״ד רים סימן ל״ח דאם יודע העכו״ם שסומכין

שסומכין עליו בדבר אחר לא לענין או״ה מקרי בעלמא לפ״ת ולא בעדות אשה עיי״ש אם כן אין ראיה משטרי פרשה דהכי מדאינו רק אחד כסבור דלא יסמכו עליו לענין דין ממון מ״מ יודע דע״כ על איזה נ״מ כשאל ובים״ש פרק שני שע״ז כתב חד לא הוה משל״ת דשמא יחניף למלוה או ללוה למוכר או ללוקח עכ״ל ולא משמע כן לשון הש״ס דמקרי להו זה שלא בפ״ז במשל״ת דמשמע להדיא דחוץ מה שהם שנים זה שלא בפני זה צריכין שיהיו עוד משל״ת ולדברי יש״ש אפילו מודיע להן דרוצה לסמוך עליו מהני דהא השתא נמי חושש שמא יחניף לאחד מהן הרי דיודע דסומכין עליו ומ״מ כיון דמיכוני להדדי חזינן דלא משקרי וצ״ל דבחד אף דלא מודיעין אותו דסומכין עליו ולענין מה צריכין לקריאתו עדיין יש חושש שמא מרגיש ומיכוין להחניף רק בשנים סומכין על מה דלא מודיעין אותן והן משל״ת.

במבי״ט ח״ב סי״ע כתב אם נטבע במשאל״ם ויש עדות כשר רק רבנן התירו דל״ת לכתחלה מהני עדות נכרי אף בלא משל״ת ובעלי ארזים ס״ק כ״ג השיג עליו מדפריך בב״ק קי״ד ב׳ בנחיל ש״ד ואשה וקטן בני עדות ומתרץ שהיו בעלים מרדפין והן משל״ת והרי מסיק דקנין דרבנן ומה צורך למשל״ת את״ד וי״ל לפימ״ש ריב״ש בסימן ש״פ הא דלא סגי במשל״ת וצריך גם מרדפין משום דממונא הוא ומהרא״ם סימן רכ״א הביאו וביאר דבריו משום דבאנו להוציא הממון מיד שכנגדו עיי״ש והגם דאינו מבואר בש״ס דמיירי שכנגדו מוחזק וה״ל לשנוי דעדיין אין שום אחד מוחזק כראה משום דכל שאין שום אחד מוחזק הדין כד״ג כדאיתא בחו״מ סימן קל״ט א״כ ע״י אשה או קטן באנו לומר אפילו יגבר שכנגדו ויתפש נוציא מידו וא״כ גם למבי״ט ל״ק דמש״ה נמי צריך משל״ת משום דממונא הוא ואתי להוציא ועפ״י בב״ק שם.

ועוד דגוי שאינו משל״ת רק ספק משקר ולא ס״ל למבי״ט מ״ש מהרלב״ח דחזקה ודאי משקר ומהרלב״ח נמי בסימן קכ״ז תחלה ר״ל דאינו רק ספק משקר ולכן ס״ל למבי״ט בדרבנן מותר ספקו כיון דכבר יצאה מחזקת א״א ומותרת מה״ת ע״י עדי הטביעה אך בנחיל של דבורים דהדין בין שני בע״ד ל״ל ספק דרבנן לקולא לזה דניחא להיפך לקולא לאידך דשמא משקרין והנחיל של אידך דג״כ אינו רק ספק בדבריהם דאפילו יהא של זה אין בו גזל מדאורייתא וכמבואר כה״ג ביו״ד סימן קי״א וסימן ק״ל דלא אמרינן ספק דרבנן לקולא אם הספק בין שתי קדרות או שתי נשים להקל באחת ולהחמיר באחת.

ולדעת רש״י שבתוספת ב״ק דף פ״ח בד״ה יהא דעכו״ם אין פסולים לעדות מה״ת י״ל מש״ה נאמן בדרבנן דתקנתא לתקנתא לא עבדינן וכדאיתא בפ״ק דב״מ דף ה׳ ע״ב משא״כ אשה וקטן פסולין מה״ת כדפרש״י בב״ק דף פ״ב ואף דבשאר איסור דרבנן אין גוי נאמן י״ל משום דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תיקון משא״כ בנטבע במשאל״ם דלא תקון כעין דאורייתא דהא אם נשאת ל״ת.

ועוד בנס״ד אם אינו משל״ת ובאין להעיד יש לחוש דשכן להעיד משא״כ אשה דייקא ומנסבא ליכא חשש זה אך משו״ת הר״ן ס״ג שהשיב דגוים שהעידו לפני הגזבר לא היו משל״ת ושם כבר העיד מומר משל״ת דבעלה מת בדבר רק דחשש הר״ן לדבר במלחמה דבעיא דלא איפשטא הוא והרי התם נמי אם נשאת ל״ת וה״ל להתיר ע״י גוים שאמרו דבעלה מת וקברוהו וע״כ דלא ס״ל כמבי״ט.

אך שחפשו בעיר זה למד מהרי״ק בשרש קכ״א מב״ק קי״ד ב׳ דנאמנים אשה וקטן לומר מכאן יצא נחיל זה ופריך וכי בני עדות הן ומשני שהיו בעלים מרדפין והן משל״ת והקשו עליו דהא פרש״י דבעלים מרדפין כנל״ד וא״כ אף דל״ה משל״ת מ״מ מועיל משום דיש נמי כנל״ד ובעלי ארזים ס״ק כ״ה תירץ דבעלים מרדפים צריך דאל״ה שמא דאיכם אחריכא הן שהיה לו בהן קנין, דאורייתא ע״י הגבהת הכוורת וכמ״ש התוספת והאיך נפקיע קנין דאורייתא ע״י עדים פסולים ודלמא הבעלים ראשונים יבררו ע״י עדים כשרים שמרשותן יצא לכן צריך בעלים מרדפין דבזה ניכר וכנל״ד שהם הבעלים האמתיים כיון שאין מרדפים אחריהם זולתן אבל לולא דמרדפים ל״מ אשה וקטן רק להוציא ימי שאין בו רק קנין דרבנן ויהא לו דין אבדה שלא נודעו הבעלים לשום דמיהן ולהניחן ולהוציא מיד הזוכה ל״מ בעלים מרדפים דאין להפקיע מיד הזוכה עי״ז רק במשל״ת ומוכח דחשוב משל״ת אף דבעלים מרדפים עיי״ש ולפימ״ש הסמ״ע בסימן רכ״ג סכ״ע ס״ק ס״ג דכל שבא ומקודם ואומר שלי הוא אמרינן מדהקדים נפשו ש״מ שהוא ברור לו שכונתו היה אליו ול״ה לרמאי שיקדים נפשו לבא דמרתת שמא יברר אחר בעדים עיי״ש אם כן ה״נ אל״ל דבעלים מרדפים להוציא מחשש של בעלי ארזים ודי אם בא ואמר שהנחיל שלו וגם מנ״ל דמיירי שבאנו להוציא מיד הזוכה כבר וגם לפימ״ש לעיל דכיון דהיה לנו לפסוק כד״ג וע״י עדות המשל״ת לא תועיל לו מה שיתפש א״כ מ״מ י״ל מש״כ אהני בעלים מרדפים. וכמ״ש הסמ״ע שם דזה שהקדים לבא ולומר שלי הוא הוי בחזקת שלו כמו בכל דאלים גבר א״כ כ״ש זה דבעלים מרדפים דיועיל לו שלא יועיל תפיסת האחר שלא״כ כמו בכל דאלים גבר כדאית׳ בחו״מ סימן קל״ט ובשו״ת הר״ן סימן ע״ה כתב בצוואות ש״מ ליתן לחבורה וא״י איזה חבורה מועיל ע״א אף דאין ע״א קם לממון מ״מ מראין הדברים שהוא אמת שלחבורה זו נתכוין אבל קרוב אינו מועיל רק ע״א כשר ומדין שודא ובשע״מ סימן ל״ג הקשה מנ״ל לחלק בזה כיון דע״א מועיל אף קרוב מועיל כמ״ש רמב״ם בפ״ה מש״ע ולפימ״ש דכאן מיירי שהנס״ד אין שום אחד מוחזק ומ״מ אשה או קטן א״כ רק בבעלים מרדפים ומשל״ת ואשה לא גריעא מקרוב ובזה א״ש דפריך ואשה וקטן בני עדות נינהו והא בלא״ה עד אחד כשר ג״כ אינו קם לממון אלא משום דבזה י״ל מדין שודא כיון דאין שום אחד מוחזק.

ולעד״נ דמרדפין אינו כנל״ד דיודעין שהנס״ד שלו אלא מסופק שמא מכוורת שלו יצא והשמיכה לצאת מהספק על משל״ת ומוכח דכה״ג חשוב שפיר משל״ת דל״ל דמצטרפין דמאי דמרדפין אינו הוכחה שודאי ראה שמכוורת שלו יצא דעל ספק ממונו ג״כ חש ומה דלא סגי במשל״ת לבד דהא דמועיל משל״ת משום דאינו רק דרבנן והרי כתיב לא תסור ודבריהם הוי דאורייתא כדאית׳ בשבת דף כ״ג ואם כן יש לחוש דבעלים יודעים בודאי שאינו שלהם ועוברים על לא תסור אבל כשמרדפין כנל״ד דמסופק ורבנן לא גזרו על הספק אך כאן דהספק אם של זה או של אחר בכה״ג ספקא דרבנן נמי לחומרא כמו בכתונים ביו״ד ק״ל משום דמה חזית לתקן לזה ולהקל אצלו ולהחמיר לחברו לכן צריך משל״ת דנהי דמשל״ת עדיין אינו דבר ברור מדאינו נאמן במקום אחר מ״מ נוטה הדבר

הדבר יותר שהדבר אמת ול״ש לומר מה חזית ובתרומה דרבנן דנאמן על עצמו במסל״ת כיון דמסל״ת ליכא למיחש דיודע בודאי שמשקר דהא אינו מתכוין להעיד אך ל״ע למה נאמן אחר לומר זכור אני כשהייתי קטן שהיה פלוני יוצא לטבול לאכול בתרומה ומוקי לה בשילהי אשה שנתארמלה בתרומה דרבנן ואפילו מתכוין להעיד ואפשר משום דחזקה אא״ח ולו לו ואדרבה קשה למה א״כ בתרומה דאורייתא מה״ט כמו בקידושין ס״ג דנאמן ליתן גט וי״ל דהתם הוא גופא עושה מעשה ומסירה בגט אלים החזקה יותר וכמ״ש בבית יעקב בפ״ב דכתובות דף כ״ג ועמ״ש לעיל בסי׳ זה ס״ב.

גם י״ל דהוה מלתא דעל״ג כמ״ש הר״ן בפ״ב דכתובות והר״ן ס״ל דגם בדאורייתא יש להאמינו משום דעל״ג ואינו רק איסור וחולק על הרמב״ם דס״ל בתרומה דאורייתא אין ע״א נאמן ואני כתבתי לעיל דבתרומה דאורייתא יש דין ממון משום גזל השבט ובממון לא מהימן ע״א אף דעל״ג כמ״ש הר״ב״ש והובא בחו״מ ס״ס למ״ד ודוקא בתרומה דאורייתא הוי כמוחזקין בו השבט משא״כ בתרומה דרבנן דכ״ז שלא בא ליד הזוכה לא חשוב ממונו דאין חכמים עושין קנין רק הפקר ב״ד.

סט״ז נכרי מסל״ת מפי נכרי מסל״ת מהרי״ק ותה״ד למדו זה מדמהני פסול מפי פסול כ״ש מל״ת מפי מל״ת דעדיף מדאמר רע״ק לכשתהא כפונדקית ובעלי ארזים הקשה הרי בשבויה לרוב פוסקים נכרי מסל״ת א״כ ואשה ועבד ושפחה אפילו אינן מסל״ת נאמנים כדלעיל סימן ז״ין וכ״ל דהא בשבויה אינה מעידה לעצמה ועל מיתת בעלה מעידה וע״כ משום דהכא על״ג ומרתתא ודייקא לכן אין חשש בנכרי מסל״ת דשכרתו להעדים לספר במסל״ת משא״כ בשבויה אבל אשה אחרת ועבד ושפחה דבני מלות הן רק גזה״כ דפסולין הקילו בשבויה.

סה״י בא אחד ביבמות קט״ו ב׳ אביי אמר חיישינן לתרי יצחק ורבא אמר ל״ח אמר אביי מנא אמינא לה דההוא גיטא דאשתכח בנהרדעא ואמרו תיבדק נהרדעא פרש״י האשה עומדת ותובעתו לפנינו ובעל״א דקדק מה בעי רש״י בזה הא כ״מ נמי כשהבעל תובעו או שליח ורוצה לגרש בו ונראה דרי״ף פסק בזה כרבא ובב״מ פוסק בשכיח שיירתא אף דלא הוחזקו חיישינן לענין גט ועמדו בזה הראשונים וי״ל לפימ״ש בש״ש שמעתתא ד׳ פכ״ד הא דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מחזקת מריה ובאיסור רוב עדיף מחזקה משום דחזקת איסור לא היה רק מעיקרא ועכשיו מסופק שמא נשתנה והרוב גם עכשיו ודאי לפנינו משא״כ חזקת ממון ג״כ עכשיו לפנינו עיי״ש ולכן ה״נ בגט הנמצא ובא לגרש בו ולהוציא ע״י חזקת א״א שהוא ודאי לפנינו אין מוציאין רק בדבר ברור וכיון דשיי״מ אין הדבר ברור כ״כ משא״כ בניתה גם החזקת א״א אינו ודאי עכשיו וע״כ פרש״י דהאשה תובעתו דאומרת כבר נתגרשה בו דאל״ה אין ראיות אביי ראיה ומיירי במקוים דאל״ה שמא מהבעל נפל וגם כשמודה הבעל צריך לגרשה עכשיו לפנינו כמ״ש בתוס׳ בגיטין דכ״ז עיי״ש בד״ה בב״ד ובד״ה בזמן אלא דאם מתה ויורשיה תובעין הכתובה מהבעל ואומרים שגרשה בגט זה אזי כנגד חזקת ממון לא מהדרינן להו הגט אף דכמה ספיקי הוי שמא ליכא אחר ששמו ושמה ועירו כזה ואת״ל יש שמא לא גירש ושמא לא נאבד הגט ממנו מ״מ בש״ס לא מוציאין ממון אך כשהאשה עומדת ותובעת הגט לפנינו להנשא בזה מהני ס״ס

דעדיף כרוב וכאשר הספרדים בספרותם משתמשין בס״ס לענין עגונת וכיון שמתירין אותה להנשא ממילא קרינן בה לכשתנשאי לאחר תטול מ״ש לכי כמו כשמעיד ע״א ועד מפי עד שמת בעלה אף דלענין ממון לא מהימני או כיון דתובעת הגט לפנינו ואנו דנין על זה הגט שאין שום אחד מוחזק ומהדרינן לה ממילא גובה גם כתובתה כמ״ש תוספת בפנ״ה דף ל״ו בד״ה פלגינא ועיין קצו״ח סימן ס״ה סק״י לזה פרש״י שהאשה עומדת לפנינו ותובעתו משא״כ אם אינה תובעת רק כתובתה או יורשיה תובעין רק כתובתה בזה תחלת הדין על הוצאות ממון ואין ראיה לאביי ועיין בב״מ שם דכל הסוגיא מיירי דעדיין לא נתגרשה וכמ״ש תוספת שם בד״ה הא ובד״ה ואפילו.

ובמלחמות ביבמות כתב דרבא מתיר מטעם ככב״ה והקשה כמ״י הא בפי׳ המדיר פליג ר״א על רבא וקי״ל התם דאין מוציאין ממון משום ככב״ה והאיך עבדינן עובדא בשטרי דהוחזקו שני יוסף בן שמעון כשמוציאין על אחרים עיי״ש וכ״ל כיון דלוה ודאי חייב רק הספק מי המלוה לא שייך בזה חזקת ממון כמ״ש הש״ך בחו״מ סימן ל״ח סק״ג.

אך קשה א״כ מה ראיה מייתי רבא מהנהו שטרי דכתיב בהו תבו ב״נ דהתם ליכא חשש משום חזקת ממון דלוה משא״כ ביצחק ר״ג דיש חזקת א״א עכ״פ מכבר אך הרמב״ן לא ס״ל כסברת הש״ך כמבואר שם ולכן הוכרח הנ״י לתרץ אליביה באו״א ואף דלהש״ך נמי קשה דמאי מייתי רבא ראיה מהיכא דליכא חזקה להיכא דאיכא חזקה אפשר לומר ע״ד דכתבו רש״י ותוספת שם כיון דבממון גם בהוחזקו ל״ח עכ״פ בלא הוחזקו גם באיסור אין לחוש ה״נ י״ל כיון דהיכא דליכא חזקת ממון גם בהוחזקו ל״ח עכ״פ כשלא הוחזקו גם כנגד חזקה ל״ח ויותר י״ל דראיות רבא דמגבינן בהו אף דלוה לווה לאבי ב״נ אחר שייך שטר זה וכבר פרעתי לו והאחר מודה שנפרע או מוחל לו.

ויותר פשוט י״ל דברי רש״י דיל״ד מאי ראיה מייתי אביי לחשש יצחק ר״ג אחר דיצחק ר״ג זה בעלה של זאת נאבד ונשכח זכרו ואשה דייקא ומנסבא דשמא יבא בעלה ונטיל עליה חומר דתלא מזה ומזה משא״כ בגט דליכא רגל״ד לכן פרש״י דהאשה עומדת ותובעתו לפנינו ואין אחרת לפנינו זה נמי רגל״ד וכדפרש״י בב״ק דף קי״ד ע״ב דבעלים מרדפין אחריה הוי רגל״ד ובש״ס שם הקשו למ״ד דאין מסל״ת נאמן אלא בעדות אשה והא בנחיל ש״ד ג״כ נאמן מסל״ת והקשו המפרשים הא שם צריכין גם לבעלים מרדפין ותירץ הרב המג״ן הובא בעזר״נ דמל״ת בעדות מיתה הוי רגל״ד כבעלים מרדפין משום דדייקא מתוך חומר ובעלה נעלם ואפילו את״ל דעומדת ותובעתו בב״ד אינו רגל״ד כבעלים מרדפין דמוסר נפשו עליו יותר ועשמ״ע ריש סימן קל״ט מ״מ חזקה אין אשה מקלקלת עצמה להיות יושבת באיסור א״א כל ימיה כמ״ש הרא״ש שילהי נדרים ולכן דוקא כשהאשה תובעתו משא״כ בעל י״ל דמיכוין לקלקלה לגרשה בגט שאינו שלו ופסול וכמ״ש רמב״ם פ״ג מה״ג הלכה ה׳ וגם שליח אולי אבד אחר ומשום הפסד שכרו חשיד לכן פי׳ רש״י דהאשה עומדת ותובעתו לפנינו לאפוקי בעל ושליח ויורשה ובהכי א״ש מה שהקשו למה לא מייתי רבא ראיה לדבריו דאם איתא דחיישינן לתרי יצחק ה״נ יבדק כל העולם מבע״ל אלא דשאני בגט דטוענת ברי וחזקה אינה מקלקלת א״ע להיות יושבת באיסור

באיסור א"א כל ימיה לכן לא חיישינן שמא יש גם אחר ששמו כשמו ושמה כשמה וכתב גט לאשתו ונאבד ממנו משא"כ חזקה דייקא ומנסבא דמ"מ איכה יודעת בודאי ולריב"ש דס"ל דחשיבי תרי חזקה חזקת חי וחזקת א"א י"ל מש"ה אין ראיה לרבא מגט למיתה דרבא גופא אמר בפרק בכל מערבין דף ל"ו דאלים תרי חזקה מחזקה חדא, וה"נ כהי דיש ש"ס שמא ליכא יצחק ר"ג אחר ואת"ל יש שמא לא איהו מת באספמיא מ"מ יש כנגדם תרי חזקה והא דמייתי רבא מן שטרי דחבי ב"כ ה"ט דהתם הוחזקו כמה חבו ב"כ וליכא רק חד ספק שמא השטר של אחר ומוציאין ממון מחזקתו ועוד חזקת ממון עדיף דאין מוציאין ע"י רוב ומ"מ ל"ק ועוד אם בעל או שליח תובעים הגט ל"ה רגל"ד כמו כשאשה תובעתו אאת"ל דגם הם לא חשידי לקלקלה דכיון דיי"ל שבאמת הם אבדו גט כזה לכן חושבים שודאי זה הגט שלהם ואפשר גם מאחר נאבד וכמ"ש הב"ש בסימן קל"ב סקי"ג משא"כ אם האשה תובעתו אאת"ל שזה גט אחר מ"מ רגל"ד שאבדה גט ונתגרשה מאי כ"מ אם בגט זה או באחר לכן פרש"י דהאשה תובעתו והוי רגל"ד כמו בעלים מרדפין וכמו במיתת בעלה דחזקה דייקא ומנסבא מתוך חומר שהחמרת וזה עדיף מחזקה דדייקא ומנסבא דטוענת ברי וחזקה לא מקלקלת עצמה לכן לא מביא רבא ראיה לעצמו מהך גיטא ועב"ש סימן קל"ב סקי"ג היוצא מכל זה דלא האשה עומדת ותובעת הגט שתוכל להנשא בו מחזירין לה בסיי"מ ולא הוחזקו משא"כ אם בעל או שליח או יורשיה תובעין או בלאו תביעתה רק נפתח אכן לשאול פיה אם נתגרשה לא דכה"ג ליכא רגל"ד ואפילו נמצא בעיר שנכתב דלרמב"ן אמרינן ככה"ג מ"מ צריך רגל"ד כמ"ש הכמ"י להוכיח מדפסקינן בשטר דחבי ב"כ כרבה ב"א דאגבי בהו זוזי ובפרק המדיר קי"ל בממון לא סמכינן על ככה"ג וכבר כתבתי לעיל דגם להש"ך בסימן ל"א סקי"ב דהיכא דמנ"כ חייב לאחר צ"ל אוקי ממון בחזקתו מוכרחין דברי הכמ"י.

ועוד סברת הש"ך לע"ד ליתא כיון דקי"ל בע"ח מכאן ולהבא גובה א"כ אף דמנ"כ חייב מ"מ כ"ז שלא נגבה ממנו הממון של לוה ובחזקתו ובזה א"ש מה דא"ר מנא אמינא לה דהנהו שטרי דחבי ב"כ דאפיק בהו רבא זוזי דמכ"מ אם גבה זוזי או קרקע אלא דמאי ראיה בשלמא כשדנין על יצחק ר"ג שמת אם בעלה הוא יש חזקת א"א משא"כ בהנהו שטרי ליכא חזקת ממון דמנ"כ חייב לאחד אף דרבא ס"ל בכ"ש דף ל"ב דבע"ח מכאן ולהבא גובה הא אביי ס"ל התם למפרע גובה כיון דמטי זימניה ולא פרעיה הנכסים של מלוה וכי מייתי רבא ראיה מדידיה לדידיה אך דוקא בקרקע י"ל למפרע גובה כיון דאם מכרם לוה מפקינן מלקוחות או מטלטלין שישעבדן אג"ק וצריכים לעמוד בעין כמ"ש במלחמות ופר"י שם בפכ"ש לכן דייק רבא דמגבי בהו זוזי וזה ודאי לא שיעבד אג"ק דאם היה לו זוזי בשעת הלואה למה לוה אחרים להוציאם ושלו יעמדו בעין לפרוע בהם דמה כ"מ בין זוזי לזוזי אבל קרקע ומטלטלין י"ל דלא נזדמן לו קונה או לא רצה למוכרם ואולי לא יצטרך למוכרם.

הג"ה שם עירו בשו"ת הרא"ש ככ"א ס"א התיר אשת מכלוף בן מלול ע"י שמו ושם אביו לבד ושם ס"ב גבי אשר בן שיכי לא סמך על שמו ושם אביו רק בצירוף שידוע לכל החבורה של הרא"ש שמיום בואו לכאן לא למד לפניו שום אדם ששמו ר' אשר אלא אותו רא"ש שהועד עליו שמת והוא היה מארץ רוסיא והקשה מהריב"ל דדברי הרא"ש סתראי נינהו וכמבואר בקו"ע סי' כ"ג וכ"ע ועיין עלי אגוזים ומהרי"ק שקפ"ה וכ"ל דמבואר בתשובת הרא"ש ס"ב דהעד לא ידע שהמת היה שמו אבר"ם רק מחמת שנתאכסן אצלו והראה לו אגרת שנתן לו הרא"ש וכתוב בו שזה אשר שלמד אצלו שמו ר' אשר והביא הרא"ש ראיה דבעלמא נאמן ששמו כך מסיפי יבמות דהמת אומר בחייו דשמו יוחנן בן יונתן עיי"ש וקשה מה ראיה התם אין לו נגיעה בזה ששמו יוחנן בן יונתן משא"כ כאן דהאגרת מועיל לו להראות שלמד אצל הרא"ש ויחזיקו ידו בדרך ובעירו וא"כ אולי אין שמו אשר רק אומר כן להחזיק ידו ולכבדו מחמת האגרת אך הא כאו האגרת בידו מה אמרת שמא נפל מאחר ומלאו זה הא מסקינן בפג"ש דף קע"ב דלנפילה דרבים ל"ח בשטר שכתוב בו לויתי ממך והנה בבע"ת ס"ג כתב בשם רמב"ן דאם יש ללוה מגו דפרעתי כגון בכת"י שאין בו עדים נאמן לטעון לא ממך לויתי רק מאחר ונפל ממנו ומצאת וכן איפסק בחו"מ סימן כ"ן בלא חולק הרי דמגו שקול כסברא דל"ח לנפילה דרבים דאל"ה כמו דלא אמרינן מגו במקום חזקה ה"נ כאן לא הוי מועיל מגו אם סברא דלא נפל אלים ממגו ועיין בתומים שם דנגד חשש נפילה דיחיד ל"מ מגו ללוה משום דסברא דל"ח לנפילה דיחיד אלים ממגו והנה בכמ"י פחז"ה בהא דדר בקשתא בעיליתא כתב היכא דאנו מאמינים לו משום מגו לא מפיו אנו היין להאמינו במגו כל כך עד שנצטרך לברר עוד ספק אחד מדעתינו לכן צריך על אותו ספק עדים שלא יהא שום פקפוק בדבר עיי"ש ולכן ה"נ כיון דלא ידעינו שזה המת היה שמו אשר רק מפיו ומחמת סברא דכפילה דרבים ל"ח כהי דבעלמא בשמו ושם אביו כשלא הוחזק אחר אמרינן מסברא דזה בעלה שמת אבל אין זה רק סברא דל"ח ליוב"ש אחר שלא הוחזק משא"כ כאן דזה גופא דשמו אשר בר"ם הוא אינו ודאי רק מסברא דלנפילה דרבים ל"ח לכן צריך בירור בעדים דלא למד לפניו רק אשר בר"ם אחד ואין שני והוא מארץ רוסיא ונודע לאשתו שם שהלך ללמוד ועוד ראיות שכתב בשו"ת הרא"ש שם שזה הוא אשר למד אצלו יצא מארץ רוסיא ומת עיי"ש כי הולך לכ"ז שלא יהא שום פקפוק אחר הנחה דשמו אשר בר"ם ובעלי אגוזים השיג על מהריב"ל דלפי מה שהבין מהרי"ק בשרש קפ"ה בפירש תשובת הרא"ש דברי תשובת הרא"ש בהך אשר ב"ם סותרים לדבריו במכלוף דלא מלא שום סתירה דאי משום דמשמע שהעיד על שם המת שהיה רא"ם ואפ"ה הוצרך הרא"ש לצרף להיתרא מחה שהיה ידוע לכל בני החבורה דלא למד אצלו ששמו רא"ם זולת זה משמע דאל"ה היה חושש לשנים הרי כתב מהרי"ק דהרא"ש נקט כן שאם ימצא במדינת רוסיא שני אנשים ששמם רא"ם שהלכו מארצם ללמוד אפ"ה תנשא אשתו של זה אם יתברר להם שזה הבחור ר' יונתן נפרד עם בעלה וכיון דהוחזקו שנים ודאי צריך לדעת איזה מהם מת את"ד ואינו נראה דמהרי"ק כתב דלזה הועיל מה שבעלה נפרד ללמוד עם הבחור יונתן וכן באו שניהם לפני הרא"ש אבל מה יועיל לזה מה שידוע לכל החבורה שלא למד אצלו רק אב"ם אחד הא ע"כ מיירי דבמקום האשה לא

לא נודע אם הלך ללמוד לפני הרא"ש בטלטולא כמ"ש מהרי"ק שם א"כ אולי בעלה הלך למקום אחר ללמוד ועודנו חי ותלמידו של הרא"ש שמת אינו בעלה וא"כ אפילו לא היה ידוע לכל החבורה אם למד לפני הרא"ש עוד תלמיד ששמו ראב"ק מ"מ לא הוחזקו שנים כיון דמה דידוע לא הועיל רק אם לא יצאו מרוקיא שני ראב"ק ללמוד וטעם דילא בעלה ללמוד עם הבחור יונתן וכן בא לפני הרא"ש סגי בלא"ה אפילו יצאו מרוקיא שני אב"ק כיון דהאחר לא הלך עם הבחור יונתן א"כ דהטעם דידוע לכל החבורה שלא למד לפניו שום אב"ק אחר היינו אפילו לא היה בא עם יונתן או לא נודע במקום האשה שהלך עם יונתן אלא דלא יצאו שנים דשמם אב"ק ללמוד.

הרא"ש בכנ"א ס"ב באשה דמכלוף בן מלול כתב דבעגונה אף דשי"נ אם לא הוחזקו שנים שוים בשמם ושם אביהם מתירין דהרבה הקילו בעגונה וכן בס"ג שם באשה דר' אב"ק כתב להתיר משום דהרבה הקילו בעגונה כדאיתא בשילהי יבמות בתלת שוזי והקשו עליו הרי בבכורות דף מ"ו איתא דדוקא בסוף עדות הקילו דהיינו להאמין לע"א ועמפ"ע ואשה ולא בתחלת עדות אם הספק אם זה שמעידין עליו שמת הוא בעלה וכ"ל דמה דלא"ה בשי"נ ולא הוחזקו שמא יש בעולם אחרים בשמם ושם אביהם כבעלה והוית ה"א מהם ואפילו יזכיר העד גם שם העיר אולי יש שני שווירי הוא מטעם דבעלה כאבד ואין זכר למו דגל"ד שזה שמתכוין דלא ידענו שאחר ששמו כן ג"כ נעלם וכן מה דסמך הרא"ש בס"ג על האגרת בהראה שנתן לו הרא"ש וכתיב בו ששמו אבר ולא השם שמא נפל האגרת מאחר ומצאו זה או קנהו ממנו כדי שיחזקו ויתנו לו נדבה הגונה מחמת שהוא תלמידו של הרא"ש וחשוב ואי דנפילה דרבים ג"כ ל"ה מ"מ אין זה חזקה גמורה מדמהימנן הלוה במגו דפרעתיך לומר דנפל ומאחר כדאיתא בחו"מ סימן כ"ו ע"כ נמי משום דבעלה של אשה זאת נעלם דגל"ד שזה הוא וא"כ אם העדים היו שנים וא"כ בא בעלה חי לפנינו לא היינו אומרים דהעדים העידו שקר אלא היינו אומרים דאמת העידו דמכלוף בן מלול מת אלא דאינו בעלה דהא לא העידו דבעלה מת רק מכלוף בן מלול והב"ד סמכו על דגל"ד מהיות בעלה נעלם והכתא דבא חי ודאי היה זה שמת מכלוף אחר וכן באשה דאבר ב"ק הוי אמרינן דזה שהוציא האגרת אמר שקר דהוא אבר ב"ק שבאגרת והעדים קושטא העידו א"כ הכתא דליכא שני עדים איך נאמין לע"א ועמפ"ע הא אינו על"ג אפילו יצא בעלה ומבואר ברמב"ם פי"ג מה"ג הכ"ט דמה שהקילו כ"כ להאמין משום דאם יצא הבעל לא יוכל המעיד להשמט לתרץ עדותו והרי כאן יכול להשמט ואף בעמפ"ע אף דיכול להשמט דהראשון אמר שקר כבר כתבתי לעיל דאינו חשיד לקלקלה באיסור א"א רק החשש שכרתו וכשיצא בעלה ידעו הכל דבעלת האשה העיד וכיון דעל"ג לא תעשה כן אבל כאן ל"ש כ"ז לזה כתב הרא"ש דאין לנו להמציא חומרא כיון דחזינן דהרבה הקילו בעדות עגונה דה"כ החשש רק על נאמנות המגיד דהוא סוף העדות ולזה שפיר הביא ראיה מדאמרינן בשילהי יבמות מעשה בישראל וגוי שהיו מהלכין בדרך ובא הגוי ואמר הבל על יהודי שהיו עמי בדרך ומת וקברתיו והשיאו את אשתו אף דלא הכיר הגוי את היהודי ולא אמר שהוא בעל אשה זאת אלא שאמר שיהודי נתלוה עמו ומת והיו עדים שאותו יהודי נתלוה עמו ולא חשו הב"ד שמא אותו היהודי הלך לדרכו ושוב נתלוה אחר עמו ומת אלא כיון שאותו יהודי נתלוה עמו תלינן בודאי שזה מת עיי"ש ובזה אם כה"ג היו שני עדים כשרים ומעידים שיהודי נתלוה עמהם ומת וא"כ בא בעלה חי לא הוי מחזיקינן לסהדי שקרי אלא הוה מתלינן דאמת העידו רק א"כ זה בעלה הלך לדרכו ואחר נתלוה עמהם ומת א"כ גם הגוי יוכל להשמט בתירוץ זה ואינו על"ג ומ"מ השיאו את אשתו.

ובשרש יעקב דף קכ"ב הקשו אמאי לא מייתי הרא"ש ראיה דנאמן על עצמו דכך שמו מיהו דמעשה בללמון ומהא דבשעת הסכנה כותבין על פיו אף שאין מכירין ולק"מ דמבואר בפג"פ דף קע"ה דלא"א משניה בשעת מיתה ה"נ י"ל דלפיכך ל"ה בהאי דנסכו כחש דשינה שמו לקלקלה וכן הא דכותבין בשעת סכנה והא דמתרץ נמי הש"ס אהא דפריך שמא גר היא דבשעת הסכנה כותבין ופרש"י דהוי כשעת הסכנה שלא תתעגן הי"ע דל"ה מדינא שמא גר היא דכל דפריך מר"פ ומפרש דלא ידעינן כלל אם נשא עוד אשה כדפרש"י שם אחזוקי איסורא לא מחזיקינן רק ס"ד דבלא"ה נהימר ומשני דהכי שלא תתעגן ל"ה ולהא דפריך שמא שד הוא ומתרץ דחזי ליה בבואה דבבואה הובא ברא"ש ומשום דסדים שכיחי ול"ל כל דפריך מר"פ ולהכי מייתי הרא"ש מהא דיונתן בן יוחנן דבשעת אמירתו לא היה נוטה למות דהא אחר ימים חלה ומת.

ב"ש לא היה בפני ב"ד כ"כ הר"ן בתשובה מ"ז והביא ראיה מתוספתא דעדים שהעידו בין לאיסור בין להיתר שלא בפני ב"ד כל שלא נחקרה עדותן בב"ד יכולין לחזור ולומר מבודין היינו והב"י בתשובה כתב בק"ד לדינו עכו"ם מסל"ת דז"ד בשאר עדיות באשה שיגיד העד עדותו בפני כמה בני אדם אין ב"ד דנין באותו עדות עד שישמעו מפיהם ומש"כ עדות אשה דאין ב"ד צריכין לשמוע מפי העד הראשון כיון שיצא העדות מפיו בפני ע"א כבר הגיד ואין לב"ד צורך בו הוי כנחקרה עדותו בב"ד וכתב בעלי אה"ס בס"ק פ' דזה סותר למש"כ כאן כדברי הר"ן וגם מה יענה להראיה שהביא הר"ן מהתוספתא יעו"ש וזה בע"א דעד ומפי עד א"כ להחמיר לומר דיבמה חי לכן כתב הר"ן דיכול לומר מבודה הייתי והא אינו דהמעיין בתשובות הר"ן שם יראה דעמפ"ע נאמן ועוד הא בתוס' תנא לאיסור ולהיתר לטמא ולטהר ובזה ודאי עמפ"ע נאמן וה"ל הגדה בב"ד כלל כמו שהוכיח בחו"ד סימן ל"ח סק"א ומ"מ יכול לחזור אך העיקר כמו שהבאתי לעיל ס"ח מהריטב"א בשבועות דל"ב שביאר כונת רש"י דעדות אשה אף בהעד הראשון אינו רק בפני אשה שלא בפני ב"ד הוי כהגיד בב"ד והקבלתי דבריו שם משום דמן התורה להתיר ערוה צריך שני עדים להגיד בב"ד ורבנן הקילו להתיר בעמפ"ע שבאשה כהגיד הראשון בב"ד משא"כ באיסור והיתר או להחמיר לומר דבעלה או יבמה חי דבלא"ה בחזקת איסור היא מדינא א"ל הגדה בב"ד ויכול לחזור אח"כ לומר מבודה הייתי ובעלה או יבמה מת ולק"מ על תשובת ב"י מהתוספתא ואין סתירה מכאן ומ"מ הר"ן לא ס"ל הכי דמבואר בדבריו שם דגם בעדות אשה כן אלא דאפשר לומר כונתו בעדות אשה לאסור דבזה מיירי שם ועיי"ש שכתב הטעם

הטעם לפי שאין אדם מדקדק בדבריו במה שאומר חוץ לב״ד וא״כ י״ל כיון דהאמינו חכז״ל לע״א ועבד ושפחה וגוי אף שאמרו חוץ לב״ד ע״כ משום דעל״ג ואם יבא בעלה חי לא יוכל להשמט ומדקדק בדבריו גם חוץ לב״ד כמו בב״ד משא״כ אם אומר דבעלה חי או זה אסור או מותר לא על״ג כל כך כמו בזה שאומר שמת ואם חי הוא בודאי יבא לביתו ויעמוד חי לפני כל העולם וכמ״ש רמב״ם פי״ב מה״ג הט״ו דעשוי להגלות לכל וא״א להכחים שאם הוא חי סופו לבא עיי״ם תדע דא״ת דעל״ג אם יבואו עדים דיבמה כבר מת או כשהעיד על דבר שהוא אסור על״ג כשיבואו עדים ויכחישו אותו א״כ כל עדיות על״ג ולמה אמרו רק בעדות מיתת בעלה דעל״ג ולכן הקילו חכז״ל וכמ״ש הרמב״ם פי״ג מה״ג הכ״ט שלא הקפידה תורה על העדות שני עדים ושאר מספטי עדות אלא בדבר שאין אתה יכול לעמוד על בוריו אלא מפי העדים ובעדותן ובתוס׳ רי״ד על ב״ב דף קס״ח כתב הא דעמפ״ע פסול משום דעד ראשון שלא הגיד בב״ד יכול לחזור בו ולפ״ז מה דסמכו רבנן בעדות מיתת בעלה על עמפ״ע משום דעל״ג א״ל לומפטי עדות ע״כ דמשום דעל״ג מדקדק גם חוץ לב״ד וא״י לחזור בו.

סב״א אין בודקין ע״כ בדו״ח בשילהי יבמות ס״ל לרע״ק הכי ואיתא שם הטעם כגון דאיכא כתובה למסקל כד״ת דמי ורמב״ם פי״ג הכ״ט כתב שלא אמרו חכמים בדבר להחמיר אלא להקל משום התרת עגונה ואל יקשה בעיניך שהתירו חכמים ערוה החמורה בעדות אשה ועבד ושפחה ובלא דו״ח דמשום דעל״ג הקילו שלא תשארנה ב״י עגונות ולא״מ תמה למה ל״כ טעם שבש״ס ועוד דלפי טעם הש״ס גם לגיטין וקידושין א״ל דו״ח משא״כ לטעם הרמב״ם איכו רק בעגונה משום דעל״ג ונראה דכבר הקשו הא מה דל״ל בד״מ דו״ח כדי שלא תנעול דלת בפני לווים וזה ליתא בעדות אשה דיותר ממה שהאיש רוצה לישא וכו׳ ותירץ רמב״ן דל״פ בתקנתן והכה התיכה בשני עדים או ע״א כשר דכה״ג. מועיל בד״מ לממון או לשבועה י״ל ל״פ גם בעדות אשה אבל לקבל עדות מאשה ועבד ושפחה דלא מליכו הכי בדיכי ממונות ל״ל ל״פ ומפרע דהסברא נותנת לחלק דהא בד״מ אין אלו נאמנים כלל ומסתיין להקל דעגונה ע״י דו״ח ולא להקל תרי קולי ועכל״ל דהש״ס דקאי אדברי רע״ק ואיהו הא ס״ל במשנה התם דאין עבד ושפחה ואשה נאמנים וא״כ לדידן דנאמנים דל״ל ל״פ עכל״ל דהקילו משום דעל״ג ותק״ע וחד טעמא הוא כיון דסמכו דלא משקרי בעל״ג לא הוצרכו כמי לדו״ח אבל בגיטין וקידושין דבאמת לריך עדים כשרים שפיר י״ל דכד״ת דמי ול״פ וכ״מ דבעגונה גם באלוסה דל״ל כתובה א״ל דו״ח וא״ל מכ״ל דבאשה ואיכך א״ל דו״ח דהא אמרו רבנן לרע״ק בשילהי יבמות ולא הא כהנת כפונדקת והרי בפונדקת לא היה דו״ח וגם בדף קי״ז ע״ב תנן אחת אומרת מת ואחת אומרת נהרג תנשא ואי לריכה דו״ח היה בטל העדות בהכחשה וער״ן ר״פ שואל שכתב הא דל״ג אדם חשוב משום איכו חשוב משום דל״א ל״פ רק במין אחד והודא ב״מ בסימן ש״ם כ״ם כאן דל״ל ל״פ באשה ועבד משום עדים כשרים.

ובירושלמי שילהי יבמות אמר דקי״ל דישראל נאמן אף שאינו מתכוין להעיד ומדקי״ל עדי מיתה א״ל דו״ח ופרשו ק״ע ופ״מ כיון דהקילו בעד מיתה דא״ל דו״ח ה״כ א״ל שיתכוין להעיד עיי״ם והייכו דמדיכא כ׳ שאינו מתכוין להעיד איכו עד כלל ומזה ראיה למ״ם בשו״ת הרי״ם בתק״ע סט״ז דלריך שיתכוונו העדים להעיד על שום דבר המועיל ואם לאו אין דכין עפ״י אותו עדות רק בעגונה אפילו דרך שיחה משום דעל״ג ונראה להשוות הירושלמי עם הבבלי דבבלי קאמר דא״ל משום דכד״מ דמיא משום דבבלי קאי על ברייתא דאין בודקין עידי נשים בדו״ח דברי רע״ק ועידי נשים כולל גם גיטין וקידושין וכ״כ בז״ט כאן ועכל״ל משום דכד״מ דמיא וגם לרע״ק אשה ועבד פסולים גם בעד מיתה וי״ל בעד כשר ל״פ משא״כ ירושלמי דמביא ברייתא דתני עד מיתה א״ל דו״ח ולא קתני עידי נשים עכל״ל דקמ״ל גם בעידי מיתה דקי״ל אשה ועבד כשר דל״ל ל״פ לכן ס״ל דהטעם משום דהקילו בעל״ג וכהרמב״ם לכן נקט הרמב״ם טעם הירושלמי כיון דבבלי ל״פ על הירושלמי ובזה מיושב דברי הב״ם ס״ק ק״ג דכתב הטעם דאין בודקין עידי נשים בדו״ח והקשה למה לאסור אשה על בעלה לריך דו״ח ותמהו עליו הא הטעם דעל״ג לא שייך בלאסור אשה ולפימ״ם א״ם כיון דאמר אין בודקין עידי נשים בדו״ח כהי דבעד מיתה ל״ל משום דעל״ג אבל בגיטין וקידושין ע״כ הטעם משום דאיכא כתובה כד״מ דמיא ולכאורה תמוה גרסת הירושלמי דריב״ב אומר בישראל עד שיתכוין דאיך יגרע ישראל מגוי במסל״ת ונראה דבשלמא גוי אפשר פיהם דיבר שוא וחזקתן משקרים כשמתכוונים וכמ״ש מהרלב״ח.

ואם לא יועיל עדותו מסל״ת כשכודיעו דים לורך בעדותו יחזור בו ותשארנה ב״י עגונות משא״כ ישראל כשמסל״ת הב״ד יכולין להודיעו ולשאלו ומ״מ אם יחזיר הרי מבורר דלא מת בעלה דהא מעיקרא אמר דרך שיחה בעלמא ולא הוי עדות וכאמן לחזור ואם קוסטא סיפר תחלה ודאי לא יחזור בו ולא תשאר עגונה ויותר נאמן ישראל כשמתכוין להעיד וכיון דאין בזה משום תק״ע לכן לא הקילו משאר עדות דלריך שיתכוין ואי איך נעשה כששמע עד מפי עד ישראל מסל״ת והלך לו הראשון הא ריב״ב לא לא הקיל בעמפ״ע רק הקיל דע״א נאמן רק א״כ הוחזקו להיות משיאין בעמפ״ע כדאיתא במשנה דשילהי יבמות כמלא מוכח דמה דאמר בירושלמי דרבנן דס״ל עידי מיתה א״ל דו״ח ס״ל נמי דא״ל שיתכוונו ע״כ ל״ל דא״ל דו״ח משום דאיכא כתובה למסקל כד״ת דמיא דהא אף דא״ל דו״ח בד״מ מ״מ ל״ה עדות עד שיתכוונו אע״כ כמו דהקילו בעד מיתה דא״ל דו״ח משום דעל״ג ועבד ושפחה נאמנים ה״כ הקילו דא״ל שיתכוין דס״ל להירושלמי כיון דלדידן עבד ושפחה נאמנים מה שאין נאמנים בד״מ ל״ל כד״מ דמיא משום ל״פ וכיון דבבלי לא פליג על הירושלמי תפס הרמב״ם טעם הירושלמי.

סב״ד פדחתו בפי״ב מ״ו ע״ב ס״ל לר״י פדחתו לבד הוי הכרה לענין בכור ופריך הא אין מעידין על פדחת בלא פ״פ ומשני שאני עדות אשה דאחמירו בה רבנן ופריך הא אקילו להאמין עמפ״ע וכו׳ ומשני כי אקילו בסופה בתחלה לא הקילו ואבע״א יכיר לחוד הכרת פנים לחוד ובספר הישר לר״ת אחר שהאריך דבכל גופו שלם מעידין בטב״ע אפילו בלאו פ״פ וע״ז כתב ופרלוף פנים כדמסיק בפי״ב לכחלה ואע״ג שיכויא אחריכא מיהא תלמודא דשאני הכא קושיא קאמר עכ״ל ואיכו מובן ונראה דלתיכן קמא רק מחמת חומרא אין מעידין אלא אפ״פ ולזה קאמר ר״ת כיון דרק חומרא דרבנן הוא אין להחמיר

להחמיר אם מכירין בטב״ע בגופו ואע״ג שיטיא אחריתא וי״ל לאותו תירץ דמדאורייתא אין מעידין אלא אפ״פ עם החוטם מיהא תלמודא דשאני הכא הייגו תירץ קמא קושטא כנ״ל דלמה נשוי פלוגתא לדינא בין התירוצים בחנם כיון די״ל גם תירוץ ואב״א הינו רק לומר דיש עוד תירץ ומ״מ לדינא אמת גם תירץ קמא ועוד דהכרת פניהם אסמכתא בעלמא מדברי קבלה לכן גם למאי דאמר הכרת פניהם לחוד ג״כ רק מדרבנן הוא וי״ל עוד דמאי דאמר ר״ת ופ״פ כדמסיק בפי״ב לנחלה דלנחלה מיותר דהפרק נקרא רק יש בכור וליכא בש״ס פרק אחר יש בכור דילטרך לסיימו אלא הכונה ופ״פ כדמסיק פי״ב דפדחת בלא חוטם הגי לנחלה דרק לענין התרת האשה המירו כדמשני התם שאני עדות אשה דאחמרו בה רבנן וא״כ להוריד לנחלה סגי בפדחת ולכאורה י״ל בלא ע״ס אלא כונתו כדמסיק בפי״ב דפ״פ עם החוטם צריך אע״ג שיטיא אחריתא יש תחלה, תני עד החוטם מיהא תלמודא דשאני הכא קושיא קאמר דמקשה על תירץ תני עד החוטם ולכן מסיק שאני הכא דצריך עם החוטם אך לפ״ז מגומגם יותר דהל״ל מיהא תלמודא דחי האי שיטיא וגם זה מה קמ״ל ר״ת דהא הזכן דגמרא מדחה האי שיטיא דתני עד החוטם וגם אין לו שייכות לכל מה שכתב עד עתה וא״כ זולת לפירש ראשון שכתבתי דבא לומר דזה רק מדרבנן ומ״מ גם לבעת״ל דלתירץ ואב״א יכיר לחוד והכרת פניהם לחוד צריך מדאורייתא פ״פ עם החוטם מ״מ הוי ספקא דשמא כתירץ קמא דרק בעדות אשה אחמרו רבנן וכ״מ בספק מקודשת דהוי ס״ס שמא אינה מקודשת וא״ת מקודשת שמא מדאורייתא סגי בפדחת ואף דמדרבנן צריך עם החוטם הלא בלא״ה רק ספק מקודשת והוי ספק דרבנן ותליא במחלוקת הפוסקים כשעי׳ גלגול נעשה ספקא דרבנן דמסקי הפוסקים דבספ״מ מותר וה״כ בעגונה בו״ר בא״ז סימן תרל״ב שהביא כל אותו תשובה של ספר הישר וכתוב בה ופ״פ כדמסיק בפי״ב לנחלה עד בחטם ואע״ג דאיכא שיטיא אחריתא ומיהו תלמודא דשני הכי קושטא הרי דהגרסא קושטא וגם שם נ״ס בחטם ול״ל עד החוטם ועכל״ל כמו שפירשתי דלנחלה סגי בפ״פ עד החוטם לבד דרק בעדות אשה אהמירו ומ״ש ואע״ג דאיכא שיטיא אחריתא היינו דיכיר לחוד והכרת פניהם לחוד דלפ״ז י״ל גם להוריד לנחלה צריך גם החוטם וא״ל כונתו דתירץ ראשון דתני עד חוטם זה אמת אע״ג דאיכא שיטיא אחריתא דלא מתרץ תני עד החוטם דז״א דהא יש שם שני שינויי הדא שאני עדות אשה והדא יכיר לחוד והל״ל דאיכא שינויי אחריני ועוד הא גם לאותם תירוצים מ״מ לענין בכור לנחלה א״ל רק עד החוטם אע״כ כמ״ש דר״ל לנחלה להוריד לנחלה סגי עם החוטם וכתירץ דשאני עדות אשה דאחמירו בה רבנן ואע״ג דאיכא שיטיא אחריכא היינו דיכיר לחוד.

אעפ״י שי״ל ס״מ ביותר בכליו עח״מ ס״ק מ״ב ועיין בו״ת ב״י בקונטרס מסל״ת סימן ז״ין כתב מדהביא הרא״ש התם המשנה דאין מעידין אף בי״ל סימנין בגופו ובכליו משמע אפילו ס״מ ואפילו כיס וארנקי וטבעת ל״מ ובשו״ת הרא״ש ככ״א ס״ו כתב אף דהכירו הבתי שקיים שהיו שלו ל״מ דפעמים משאיל אדם מלבושיו לאחרים משמע דבכיס וארנקי וטבעת דלא מושלי מפני עיי״ש וכ״ל לפיה״ם הכמ״י בפחז״ה הבאתיו לעיל דהיכא דנאמן רק מחמת מגו לא סמכינן על המגו היכא דצריכין עוד לברר ספק אחד מדעתינו והנה בקלו״ח ונתיבות סימן רל״ז כתבו דסימן מובהק לא מהני להוציא ממון ודעת קלו״ח דלהוציא קרקע מחו״ק מהני ודעת נה״מ דגם בקרקע ל״מ והרי לנתיבות ס״מ גרע ממגו דקי״ל בפחז״ה דף ל״א כרבה באדעתא דמגו מהני ולקלו״ח עכ״פ לא עדיף ממגו דכמו דמגו ל״מ להוציא ממון ה״כ ס״מ וא״כ כהי דס״מ ל״מ בכליו כיון דעדיין צריכין לברר מדעתינו לומר דלא מושלי הנהו כלים אבל הרמ״ש בתשובה דהכירו הבתי שוקיים בט״ע שהן של בעלה הולך לומר משים דלפעמים משאיל אדם מלבושיו ואם היו מכירין עליו כלים דלא מושלי היה מועיל ובזה מיושב קושית מהר״ל שבב״ש ס״ק ס״ע למה תנן אף עפ״י שיש סימנין בגופו ובכליו הל״ל רבותא יותר אעפ״י שיש ט״ע בכליו למ״ד סימנין דרבנן והוכיח מזה דס״ב בגופו וס״מ בכליו גם יחד מהני ולפיה״ם לאו ראיה דלא מלי למתני ט״ע דמהני באמת רק ס״מ ל״מ בשום כלי דחל״ש כיון דסימן מובהק ביותר נמי אינו בעדים רק מסברא וכמ״ש הש״ך סימן רס״ז סק״ז ולא עדיף ממגו דג״כ מכח סברא וכשיש עוד ספק אחד לא מהני רק עדים ועיין פנ״י פא״מ דף כ״ז ע״ב בד״ה אי חיישינן לשאלה.

אך בעד אחד י״ל גם טב״ע בכלים דלא מושלי ל״מ דכהי דרובא דאינשי לא מושלי להו מ״מ אינו מהכמכע וא״כ כשיבא הבעל חי יוכל העד להשמט דהא לא העיד דמת רק הכיר אלו הכלים אבל מת אחד ואולי השאיל לאחר וברמב״ם פי״ג מה״ג כתב הא דע״א נאמן לומר מת בעלה משום דעל״ג כשיבא הבעל ולא יוכל להשמט אף לפיה״ם לעיל ס״ג דאף היכא דל״ח על״ג כגד העד מ״מ חשוב על״ג כגד האשה והעד בלא״ה לא ישקר אם לא שכרתו מ״מ כאן אינו על״ג גם כגד האשה דתוכל להשמט דלא שכרתו והבעל השאיל אותן כלים לאחר.

ובנו״ב בתק״ע סל״ב הקשה על החמ״ח דכמו דחל״ש חיישינן לאבדה א״כ מאי משני הש״ס במלאו קשור בכיס וארנקי דלאחל״ש דלא מושלי דעדיין נחוש לגנבה ואבדה ונראה כיון דזה אבד גט מיוב״ש ולומר דמלא שליח אחר שיש לו ג״כ גט מיוב״ש כיס וארנקי שלו וקשרו בו הוי נפילה דיחיד ולכ״ע ל״ה משא״כ לשאלה דיחיד חיישינן כמ״ש הל״מ כאן.

ומ״מ ל״ע בדברי הח״מ לפיה״ם ראשונים בפ״ב דקידושין דחוששין למיעוט דמקדשי והדר מקבלי משום דהרוב תלוי ברצון הוי רוב גרוע א״כ י״ל כהי דחיישינן לשאלה גם בכלים דלא מושלי משום דהרוב תלוי ברצון משא״כ גנבה ואבדה דכ״ע אין רוצים שיאבדו וזהירין רק לפעמים יזדמן ע״כ המיעוט שלא ברצונו הוי רוב יפה ואפילו ת״ל דנצרף מיעוט דאיתרמי סימן כסימן למועט דמושלי או כאבד וכגנב מ״מ ל״ד דמיעוט בסימן מובהק ביותר המיעוט גרוע רק בשאלה הרוב גרוע כיון דתלוי ברצון לכן מצטרפי משא״כ אבדה וגנבה דהרוב יפה וכ״מ בכמלא בכל בגדיו דכתבו מהרי״ח ופוסקים דל״ח לשאלת כל בגדיו עיי״ש בכו״ב דלהחמ״ח יש לחוש לגנבה ולפיה״ם אין לחוש.

דחיישינן לשאלה ביבמות ק״כ ב׳ פריך למ״ד ס״ד מדתנן אף שיש סימנין בכליו ומשני דחיישינן לשאלה ופריך חמור בסימני אוכף היכא מהדרינן ומשני אוכף לא מושלי ופריך ממלאו קשור

קשור בכים וארכבי וטבעת ומשני דהכהו כוני לא מוסלי ואיב״א כליו בחיורי וסומקי ובב״מ דף כ״ז אמר מקודם תירץ דחורי וסומקי ופריך ממלאו קשור א״כ ועמד בזה בכו״ב בתק״ע סל״ב ובת״ח על ב״מ.

ועוד תמוה בב״מ כיון דתירץ בחיורי וסומקי תו א״ל לחשש שאלה ומה פריך ממלאו קשור

ונראה דבשו״ת הרא״ש הובא בתמ״ח ובק״ע כתב דס״ב ע״י צירוף חשוב ס״מ אבל סימנים גרועים לא וראייתו מדמשני בחורי וסומקי אף דכליו משמע הרבה ובהגהות מו״ז העלה כהרא״ס וכתב דמסברא גם סימנים גרועים מצטרפי רק הרא״ש מביא ראיה ולפי מה דהש״ס קאי אליבא דס״ד דמהני ס״ב מוכח דסימנים גרועים לא מצטרפי להיות כס״ב וזה נגד הסברא דאם הרבה ס״ב מצטרפי להיות ס״מ למה גרועים לא יצטרפו להיות ס״ב ונראה דיש לדחות ראיית הרא״ש דקשה מה פריך אי חל״ש חמור בס״א היכי מהדרינן כימא חשש שאלה רק מיעוט ובאבדה ליכא למימר חזקה משא״כ בא״א סמוך מיעוטא לחזקה שו״ר בכו״ב בחא״ע סימן ל״ז הקשה כן ונראה לפימ״ש בח״ר וכ״י ר״פ האשה שהלכה דל״א סמוך רק כשהמיעוט מן הרוב כמו רוב מתעברות ומזה נופל המיעוט דמפילות וכאן מיעוט דמשלי לא נופל מן הרוב אך כימא לעולם קד״א דעפ״י רוב לא איתרמי סימן כסימן דהכי לא מוציאין ממון ממחזקתו בסימנים כמ״ש תוס׳ בפג״ה דל״ז וביבמות דף קט״ו ובכ״י שם ובאבדה ל״א המוציא מוחזק כמ״ש תוס׳ שילהי פ״ק דכתובות ולכן חל״ש דמיעוט דמשלי נופל מן הרוב זה ומה פריך מחמור בס״א אך לפי מה דסלקא דעתיה דמיירי משנה דאין מעידין בס״ב ובכליו הרבה מצטרפי והוי ס״מ א״כ ליכא רק מיעוטא דמיעוטא וכהאי ספרי דדייני ברים גיטין כיון דחד ס״ב כרוב א״כ מיעוטא דמיעוטא כמאן דליתא ול״ל סמוך לחזקה לפ״ז י״ל דמשני בחיורי וסומקי ואף דילטרפו ויהא ס״ב מ״מ סמוך מיעוט דשאלה לחזקת א״א כיון דס״ב רק כרוב ומיעוט דשאלה מגרעו ואף דבח״ר בס ריש האשה בתרא כתב דמיעוט דאין מתעברות רק מיעוטא דמיעוטא ומ״מ אמרינן סמוך מיעוט דמפילות לחזקה תירץ זה לא קאי לפי מה שתירץ מעיקרא דלא אמרינן סמוך מיעוט לחזקה רק כשהמיעוט מן הרוב כמבואר למעיין שם והכ״י השמיט זה ומפרש לפימ״ש שם הריטב״א שבכ״י ותוי״ט שם דמצרפינן מיעוט דאין מתעברות עם מיעוט מפילות ולכן אמרינן סמוך לחזקה ה״כ י״ל רק מיעוט דשאלה מצרפינן למיעוט דאיתרמי סימן כסימן אבל אם מיעוט דסימנים הרבה רק כמיעוטא דמיעוטא לא חזי לאצטרופי למיעוט דמשלי ולפ״ז י״ל הרבה סימנים גרועים חשיבי ע״י צירוף כס״ב ומ״מ משני שפיר ואב״א בחיורי וסומקי דאזי חל״ש דסמוך מיעוט לחזקת א״א וכ״ז לתירוץ הקושיא מחמור בס״א אבל הקושיא דמלאו קשור בגט קשה דהתם יש ג״כ חזקת א״א והנה בתומים סימן ס״ה ובאחרונים כתבו דאם לא חיישינן ליוצ״ש דעלמא רק ליוצ״ש שהוחזק כאן גם ס״ב בגט של יוצ״ש עדיף מס״מ דלא שכיח כלל דסימן כזה איתרמי גם ביוצ״ש שהוחזק בעיר רק אם חיישינן ליוצ״ש דעלמא יש הרבה אזי ס״ב בגט אינו רק כשאר ס״ב עיי״ש וביבמות דף קט״ו ע״ב ס״ל לרבא בשיי״מ ולא הוחזקו ל״ח שמא מעלמא הוא א״כ כשהוחזק עוד יוצ״ש כאן ס״ב עדיף מס״מ בגט זה ול״ל סמוך מיעוט לחזקה א״כ תירץ דחיורי וסומקי מועיל גם לקושיא דמלאו קשור לרבא דיבמות דף ק״כ כל הקושיות על רבא לכן אמרו תירץ דחיורי לבסוף אבל בב״מ דמסיק הש״ס דף ח״י דבשיי״מ חיישינן ליוצ״ש דעלמא גם בלא הוחזקו ועיין ברז״ה ביבמות דף קט״ו וברא״ש שם ובפרק כה״ג דף כ״ז א״כ לא יועיל התירץ דחיורי וסומקי לקושיא דמלאו קשור לכן פריך אחר תירץ דחיורי וסומקי ממלאו קשור שו״ר בשו״ת אמרי א״ש חא״ע סל״ג בד״ה ואולם די״ל כמו דסימנים אמצעים מצטרפין ומיקרי ס״מ ה״נ סימנים גרועים מיקרי סימן אמצעי ומ״ש הרמ״א דכמה סימנים גרועים לא מהני משום דקי״ל סד״ר ובעי ס״מ ביותר וכ״כ עבוה״ג ופמ״א ובגדי כהונה ושו״ת מהר״מ הובאו בפ״ת ס״ק ק״ו.

ועי״ל בחילוף הסוגיות דכל אב״א מחמת שיש קושיא על תירץ ראשון וע״כ כתב במג״ע בפ״ד מהלכות חובל דקבלה מרבותיו דכל אב״א עיקר ויש לדעת מה חסר להש״ס בתירוץ ראשון ונראה דעל תירץ דאוכף לא מושלי קשה נהי דלא מושלי משום דמקפד לחמורו אחר חזרה מ״מ שמא זה אבד אוכף עם חמור ומלאו אחר ונתן האוכף על חמור זה לחלוטין דל״ל דלא חשוד ישראל דהא לא ידעינן מנו וכמה חסידי בשוקא וכמ״ש תוס׳ ורא״ש בפרק כל הנשבעין ועוד לרש״י בב״מ דף כ״ד לאחר יצ״ח אינו חייב להחזיר דהוי ככלי אובד ומתייאשו בעלים וכדאיתא בברכות כ״ח ע״ב בד״ה ככלי א״כ יש לחוש דכבר עבר יצ״ח דכמו דחיישינן לשאלה יש לחוש לאבדה כמ״ש המח״ח כאן בס״ק מ״ב אלא די״ל בככ״ה על חמור זה כמלא האוכף וכאן היה כשאבד האוכף וכדאיתא בא״ח סימן תס״ז וביו״ד סימן ק״ל ובנדה דף ד׳ וברמב״ם פי״ז מהלכות שא״ה בהשבות דמכלי לכלי לא מחזיקינן אך הרמב״ם לא ס״ל התם הכי רק כאמוראי דפליגי על רבא בפרק המדיר דף ע״ה דהידם כברא דככ״ה ושאני מנץ משהו וכתם דהן מדרבנן.

והמ״ש הסמ״ג ביו״ד סימן ק״ה ובל״ז חילק הכ״י בפרק אשה שהלכה דבממון לא קי״ל חזקה דככ״ה רק לענין איסור א״כ יש לחוש דמה כאבד האוכף עם חמור ומלאו אחר ונתן האוכף על חמור שלו שנמלא עכשיו דנהי דלא מושלי בחנם דמקפד לחמורו אבל השני שמלאו אפשר נתנו על חמורו וכאבד ממנו. לכן נ״ל ואב״א אבל ביבמות דקיימינן אליבא דרבא דקי״ל גם לענין ממון ככ״ה אמרינן כמו שנמלא האוכף על חמור זה כן היה מתחלה כשנאבד האוכף מבעליו לכן אמר ואב״א רק אחר קושיא דמלאו קשור כמו שיתבאר אבל בב״מ על תירוץ דמלאו קשור בכים שפיר מתרץ דלא מושלי וליכא למיחש שמא אבדו ומלאו אחר והתיר הכים וקשר בו גיטו הלא דזה חשוב כפילה דיחיד לחוש שיוצ״ש כזה מלאו וכמבואר בב״ב דף קע״ב ועוד גבי איסור קי״ל ככ״ה וכמו שנמלא קשור בכים זה כן היה מתחלה כשנאבד מבעליו קשור גט זה בכים זה אבל לחוש שמא אבד האוכף או הכים לבד ליכא למיחש דנהי ידע שנמלא עם חמור וגט וכמ״ש בא״ס ז׳ ועיי״ש דר״ח כתב הא דמקפד לחמורו הייכו אם חמורו של שואל שמן יותר מחמורו של משאיל מתפתח האוכף וכשמחזירו משאיל על חמורו מקפד שו״ר בשו״ת ב״ח ס״ס פ״ו דל״ח שהחליף בגדיו משום דככ״ה והוכיח כן מי״ד סי׳ קכ״ט ס״ז ויבואר לקמן.

ועפ״ז נחקור מה דקי״ל לש״ס על תירץ כים לא מושלי אסר ע״כ הוכרח ביבמות לתרץ א״כ ואב״א בחיורי וסומקי דהכא אף דרובא לא מושלי

מושלי איכו מהמגמגע דאטו כ״ע מכחשי ומסודין לזייף א״כ ניתא סמוך מיעוטא לחזקת א״א כדאמרינן בר״פ האשה שהלכה והיה אפשר לומר כיון דרבא אידם זה דסמוך בר״פ האשה שהלכה ובהאשה בתרא ג״כ לרבא קיימינן לכן כד מתורץ דלא מושלי ותירץ ואב״א ובב״מ אזיל הש״ס בסוגית הש״ס דר״פ האשה שהלכה דלא מסכי סמוך מיעוטא לחזקה רק רבא אך זה דוחק דהא קי״ל כרבא כמ״ב הראשונים התם וא״ל דגוף שאלה בכ״מ ל״ש ובחפלים דלא מושלי הוי מיעוטא דמיעוטא ובמיתה חיישינן למיעוטא דשאלה בכלים דמושלי דסמוך לחזקת א״א ג״ז איכו דהא חזקה דאשה דייקא ומכשבא מרעא לחזקת א״א כמ״ם התוס׳ והראשונים בר״פ הא״כ לכן כ״ל לפי מה דאיתא רפ״ג דבכורות דרוב התלוי במעשה ל״ה רוב ה״כ י״ל דמיעוט התלוי במעשה לא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה דהא רמב״ן בבכורות גם כתב דמיעוט דל״ת במעשה עדיף מרובא דתלוי במעשה עי״ש [illegible] מוכרח דסקולין ונדלא עדיף הרוב ליפך בתריה ומילא רוב דל״ת במעשה הוי כתרי רובא נגד מיעוט התלוי במעשה כיון דמיעוט דל״ת במעשה כרוב התלוי במעשה ומילא כמו דמיעוטא דמיעוטא לא סמכין לחזקה ה״כ מיעוט התלוי במעשה וכ״ש להריטב״א שבב״י ר״פ האשה שהלכה ותו״ע שם דדוקא מיעוט דמפילות ומיעוט דאין מתעברות ע״י צירופן חשוב לסמוך לחזקה משום דכ״א מיעוט גרוע ולא אמרו סמוך מיעוט גרוע ה״כ כיון דהרוב איכו תלוי במעשה והמיעוט תלוי במעשה הוי מיעוט גרוע לכן אין לסמוך מיעוט דמושלי לחזקה אבל לרבא דרפ״ג דבכורות דלא ק״ל לחלק בין רוב שאינו תלוי במעשה לרוב התלוי במעשה הק״ל לכן אמר ואב״א בחיוורי וסומקי ולשאלה לא חיישינן כלל ועיין רינ״א רפ״ג דבכורות ולפימ״ש תוספת בריש האשה בתרא ד״ה ר״מ לחד שינויא דכל השקלא וטריא שם רק לרבא דלא מחלק בין רוב התלוי במעשה או ל״ת במעשה אם כן הא דמשכי רבא התם סמוך מיעוט לחזקה איכו מוכרח רק לדידיה ואפשר מש״ה קתם הרמב״ם כמשנה דהתם ואולי גם דעת הרי״ף הכי.

וי"ל"ע איך משכי רבא המשנה דאין מעידין אעפ״י שיש סימנים בגופו ובכליו דחיישינן לשאלה הא רבא ס״ל כלכ״ה ול״ל דדבר שדרכו להשאיל חיישינן דיותר שכיח מגנבה ואבדה ואח״כ מלאתי בנל״א שכ״ב בהא דחמור בסימני אוכף דמתרץ הש״ס דל״ח לשאלה משום דלא מושלי דעדיין יש לחוש לגנבה יאבדה ותירץ כמ״ש דשאלה שכיח טפי מאבדה וגנבה ובמלחמות יבמות דף קט״ו כתב דלאחר דמסיק הש״ם כרבא דאמרינן כלכ״ה פסק הלכתא במשנתין שמא פינן משום דשכיח ולאפוקי ממון באומדן דעתא לא מפקינן.

המור כתב כאן אפילו יש להם סימנין בכליו ובגופו אין סומכים עליהם אם אין מובהקין ובשו״ת גא״ב סב״א הקשה דמשמע בש״ע בכליו מבואין ולשאלה ל״ח ובסימן קל״ב פסק דהל״ם והלריך שידע שלא השאיל הכלי שנמלא בו הגנב והכיחו בו ונראה כיון דלא סמכינן אכלכ״ה לאפיקי ממונא מהמוחזק ה״כ לגרש בגט זה את האשה אף דיש״ל כאן היה וכ״כ ושאני כאן דהספק אם כבר יצאה מחזקת א״א ואין החזקה ודאי לפנינו משא״כ לאפוקי ממון מהמוחזק עכשיו לפנינו וכדמחלק בש״ם במעתא ד׳ פב״ד לענין רוב או ש״ס או מגו דמהני נגד חמ״ק ולא להוציא מהמוחזק עכשיו דכמו דהרוב לפנינו ה״כ מוחזק לפנינו.

ועיי"ש בשו״ת גא״ב דהביא פרש״י בהג״ה דף ל״ו דאלו אמרי קשדי פלניא דהאי סימנא והאי סימנא הרג את הנפש לא קטלינן ליה ואלו אמרי אית לן עב״ע בגויה קטלינן ליה ופרש״י פלניא דהאי סימן בגופו וכליו של הורג והא בכליו אפילו עב״ע לא מהני דחל״ם ולאו משום דלא סמכינן אסימנים ונראה כיון די״ל כלכ״ה כמו שנמלא לבוש עתה כאן היה ולא השאילם לאחרים רק לא סמכינן אאומדנא לאפוקי ממון כמ״ש במלחמות דלעיל כ״ש להרוג אדם אבל כיון דבעלמו לא טען שהשאיל בגדיו לאחר רק טוען שהוא לא הרג הוי כמודה שלא השאיל בגדיו וכ״ש אם מודה להדיא ומבואר במהרש״א ר״פ שור שנגח את הפרה דאע״ג דלא ק״ל בגמל האוחר בין הגמלים בידוע שזה הרגו מ״מ במזיק מודה אכן בהדי דכן הוא ולא מקרי מודה בקנס דמהני בהדי סמכינן ולאיה לדברי מהתוספת ריש מכות בקד״ה מעידין הכי.

עוד תמה שם על ב״ית בי׳ בס״ו שכתב [illegible] לא כתבו דכיס ואדנקי וטבעת מהני בעדות אשה והרי גט חמור ממיתה ואפ״ה הכן מלאו קשור וכו׳ ותירץ הב״י דק״ל כמ״ש תוספת דמלאו קשור מיירי בשלמו ולהמן במגו וא״כ גבי עדות אשה דל״ל מגו אין מעידין אפילו על כיס ואדנקי וטבעת והמה בגא״ב דמה לורך למגו בעדות אשה דע״א נאמן ומיד הא לא כתבו הפוסקים דסגים מעידין על כיס ואדנך עיי״ש ול״כ דדברי ב״י פשוטין דמלאו בעלמו ואומר דקשרו להגט בכיס ואדנקי ושואל אם יכול לסמוך על זה דהגט שלו ואם השאילן לאחר מה זו שמיכה אע״כ דיודע שלא השאילן או אומר להדיא דלא השאילן ונאמן במגו ואפשר אפילו איכו אומר דלא השאילן מ״מ ל״ח דהשאילן ושבת דהא הרשב״א בתשובה הובא בב״י חו״מ סי׳ ל״ד כתב דלענין חבור בשבועת העדות ואינו יכול לומר אשתלין ועיין בשבועות לכה״מ סי׳ כ״ט וכ״ש בחפליו שהשאילן ורמיא עליו לדעת ולדייק דהשבר הגט תלוי בזה משא״כ בעידי מיתה אין העדים יודעים אם זה לא השאיל כליו בחייו ועי׳ תוספת פכה״ג דכ״ח ע״א בד״ה מלאו בחפיקה.

ואני תמה על בעל תשובה זו שהוא לבעל פנ״י והוא עלמו בשו״ת פ״י כתב דקימן אמלאי בגוף וסימן אמלעי בכליו מלטרפין וחשוב ס״מ ביותר וכן שני סימנים בגופו ואיך יפרנס המשנה דאין מעידין אף שיש סימנין בגופו ובכליו דהא סימנין הרבה משמע ואפילו תפרש דהיינו בגופו ובכליו יש הרבה סימנין בצירוף דהיינו סימן אחד בגופו וסימן אחד בכליו מ״מ אם לא חיישינן לשאלה הרי חשוב סימן מובהק ביותר והרי בש״ס לא מוקי בגופו ארוך וגוץ ובכליו בחיורי וסומקי רק לאיפכא דסימנין דאורייתא אבל אם סימנין דרבנן מיירי בסימנים בינונים ואם כן מוכרח דחיישינן לשאלה ואיך ק״ל לבעפ״י דלא חיישינן לשאלה ובאמת על גוף סברתו דשני ס״ב חשוב ס״מ קשה דהא לס״ד דש״ס דפריך ש״מ קד״ר לא ידע עדיין תירץ דארוך וגוץ וחיורי וסומקי ולא ידע כמי תירץ דחיישינן לשאלה כמבואר ביבמות דף ק״כ והרי תנן דאין מעידין אף שיש סימנין בגופו ובכליו הרי דלא מלטרפי ואאת״ל ובכליו היינו או בכליו מ״מ סימנין קאי על גופו לבד ועל כליו לבד ויש הרבה סימנין בגופו או בכליו ומ״מ אם קד״ר אין מעידין וע״כ לריכין לפרש בדוחק סימנין דעלמא ומיירי שיש רק סימן אחד בגופו או סימן אחד בכליו

בכליו אף דבכליו משמע הרבה וודאי כל כי האי לא ה"ל לפוסקים לסתום א"ו ק"ל דהל"ם משא"כ הא דלא ביארו דק"מ בגופו מהני לק"מ כיון דר"ף ורא"ש הביאו הפלוגתא אי סומא ס"מ ולק"מ מה שהקשה שם בנא"ב על הב"י גם מה שהקשה על הב"י דמלאו קשור בכיס מיירי דמלאו בעצמו וכאמן במגו דאכתי למה לא הביאו דמלאו להגע קשור בכיס ואיך דכאמן במגו גם כן לק"מ חדא דהביאו המשנה דפכה"ג דמלאו בחפיסה ומכירו דפירשו התוספת דמכירו כאמן במגו ועוד כמה משניות בפ"ב דכתובות דהפה שאסר הוא הפה שהתיר והובאו ברי"ף ורא"ש יבה"ש.

בשו"ת חוה"ש סי' ל"ו כתב דגם בכלים דלא מושלי או באוכל חיישינן דעמד עליו לסטים מזוין ולקח ממנו כל הכמלא אתו והוא נהרג ובעל האשה אזל לעלמא עיי"ש ולא נראה דהא כתב המלחמות ביבמות דף קט"ו גבי יצחק ר"ג דסמכינן אככ"ה רק לאפוקי ממוכא חיישינן שמא פינן כיון דשכיח א"כ גזלה כי האי לא שכיח כמ"ש כמ"י פרק הגוזל ורמ"א בחו"מ סימן א' ק"ב ואפילו להחולקים שם דגם גזלה כי האי דכין י"ל דמודו דלא שכיח רק כיון דתקנו לדון בלא סמוכין שאר גזלות ככופר בפקדון דשכיח תו ל"פ או דאם לא ידונו יהא שכיח אבל כאן כיון דל"ש י"ל ככה"ה ואף בנידון חוה"ש דאם הבעל נתנה לו המאכל מ"מ י"ל ככה"ה אלל זה והוא בעל האשה ולא איסתני ממקומו ליד אחר דהא הטה שנמלא במלה לא אסרינן כל העיסה משום דאמרינן ככה"ה אף דסוף סוף הטה בא למלה ממקום אחר מ"מ לא מחזיקינן דבא לעיסה ואח"כ למקום שהמלה הוא עכשיו ועוד דלגזול בע"כ תלוי במעשה רב וכבר כתבתי דמיעוט התלוי במעשה הוי כמיעוטא דמיעוטא ול"ד למהל"ם די"ל גלי מגילא אבפלוהו ומה שהביא בחוה"ש ראיה מיבמות דף קט"ו דחיישינן דלמא איכא דעלמא אתי לאלוליה כ"ל משם ראיה להיפך מפרש"י דפקתא ידא מאיכא אחר דאם היה אפשר למתלי דהפקתא ידא מהגברא סרוכא הל"ל דככה"ה ולא מעלמא אתא אך כיון דמלא עוד ומאחר פקתא דידה דע"כ חד מעלמא אתא מה חזית דהסרוכא הוא שהיה כאן והפקתא מעלמא איגר איפכא דהפקתא ככה"ה והוא מבעלה ומחמת כיסופא ערק לעלמא והסרוכא מעלמא אתי לאלוליה ורצה דאמר לקולא דהא גברא הרוכא שדי ופקתא ידא דשדיא ולכאורה מזה סתירה לדבריו שבא להקל לפי פרש"י דהפקתא מאיכא אחריכא כ"ל דרבא גם כן משום ככה"ה מתיר אך מה חזית לתלות הפקתא באחר דה"כ י"ל ככה"ה לזה אמר רבא התינח אם היה נמלא אבר אחר אבל כיון דפקתא ידא לבד דשדיא רגל"ד דזה שהיה בחוץ פשט ידו לפנים להלילו ולא שלט האש רק בפקתא ידא וזה מדויק מאד בפרש"י פקתא דידא מאיש אחר הבא להלילו דלמה האריך רש"י לומר הבא להלילו אלא כמ"ש דזה כונת רבא באמרו ופקתא ידא דשדיא. דרגל"ד לתלות יותר שזה מהבא להלילו דפשט ידו לפנים איברא דלפרש"י קשה מה דאמר רחב"א גברא חריכא דשדיא הימא איכא אחריכא אתא לאלוליה הא ודאי איכא אחריכא היה עוד וכהי די"ל דאימא קאי על הא דאמר דזה הגברא חריכא מ"מ מה לו לומר אתא לאלולי בשלמא אם יש לתלות דפקתא ידא הוא מהאי גברא חריכא ל"ל אתא לאלולי דבלא"ה אחזוקי ריעותא בכדי לא מחזיקינן כיון דלא כאו עוד אחר ולא כעלם עוד אחר מהיכי תיתי לחוש דאתא לתוך האש אם לא דאתא לאלולי ול"ל דכלפי מה דס"ל לרבא כיון דפס ידא שדיא רגל"ד שעמד בחוץ ופשט ידו לתוך האש להליל אמר רחב"א דיש לומר איפכא אף דסברא ממ"כ אם בעלה ברח מתוך האש היה ניצל לגמרי ואם לא יכול לברוח היה נשרף כולו ואיך נחוש דפס ידו נשרף כולו עד שנפלה ממנו והוא ניצול וגברא דאתא אה"כ נשרף כולו לזה אמר דאימא מחמת דאיכא אחריכא אתא לאלוליה מסר בעלה נפשיה אחר שילא מתוך האש להליל חברו ופשט ידו לפנים.

בנו"ב בתק"ע קכ"א הביא ומהר"ס ברבי אף דמוכח מהתוס' דקי"מ בכלים ל"מ דהל"ם אבל טב"ע מהני והסביר הנו"ב משום דקי"מ ל"ם דאיתרמי עוד וכן שאלה ל"ם רק בצירוף תרי מיעוטא הוי כפלגא משא"כ בטב"ע וסתר הנו"ב דבריו מיבמות דפריך להך לישנא דא"ר ק"ד וסימנים בכליו ל"מ דהל"ם א"כ חמור בסימני אוכף היכי מהדרינן וכתבו תוס' דהקושי' אהא דדרשינן מקרא דמהדרינן חמור בסימן אוכף והרי כשם דלמ"ד קד"ר משני הש"ס בב"מ אימא בעידי אוכף ה"כ כימא אי ק"ד את"ד ולק"מ לפימ"ש תוס' בשבת דף מ"ג דדרך הש"ס להקשות אף דידע דמלי לשנויי כדמשני כבר אלא דרולה לידע אם יש בזה תירץ אחר כ"ם כאן דבאמת יש תירץ אחר וש"ס גופא מקשה ומתרץ כדי להורות דאוכף לא מושלי ועוד לפי שנוייא קמא בבכורות מ"ו ע"ב פדחת בלא פ"פ סגי מדיכא רק רבנן אחמירו וא"כ אמאי אין מעידין רק על פ"פ עם החוטם אף שיש סימנים בכליו כהי דתרי מיעוטא כפלגא ליסגי בפדחת ובסימני כליו דע"י פדחת ילא מחזקת א"א מדיכא ולענין חומרא דרבנן סגי בפלגא ופלגא דהוי ספק דרבנן בעלמא ועכל"ל דשאלה עלמה שכיח והוי כפלגא ועם חשש מיעוט דסימנים הוי כרובא א"כ חמור בס"א היכי מהדרינן מן התורה ואפילו בעידי אוכף כיון דע"כ שאלה כפלגא לכן מקשה ומתרץ תירץ השוה ליתרי ליסני דבכורות וכמבואר בכללי הגמרא פעמים שיכול לתרץ תירץ אחר אלא משום דלאמורא דבתריה איכו תירוץ לכך נקט תירוץ דשוה לתרוייהו ולפעמים שמתרץ לא מכח טענה אלא משום דקי"ל לגמרא דהכי הוא ומליכו ברפ"ב דב"מ דהתרלן הוא שמקשה וכ"ז להס"ד אבל למאי דמסיק כליו בחיורי וסומקי אין הכרח לחוש לשאלה רק אמרינן מסברא דע"כ מיעוטא הוי ובק"מ הוי תרי מיעוטא אבל טב"ע מהני.

ועוד דעכל"ל דהך קושיא חמור בס"א היכי מהדרינן אזלא לשנוייא הא דאין מעידין אלא על פ"פ עם החוטם רק חומרא דרבנן דאלת"ה קשה לפימ"ש הראשונים בקידושין דף כון גבי סבלונות דהא דאזלינן בתר רובא דוקא ברוב היוב וטבע כמו בקטן וקטנה דא"א אלא כן אבל התלוי ברלון החמירו במקום איסור א"א וא"כ כימא הא דהל"ם אף דהוי רק מיעוטא משום דהרוב תלוי ברלון החמירו בא"א אבל באבדה אזלינן בתר רובא א"כ משום דמדיכא סגי בפדחת לבד למה לא מעידין על פדחת וסימני כליו אאת"ל דל"ה רוב משום דתלוי ברלון מ"מ תו הוי רק ספק דרבנן וע"כ דמיעוט דסימנים עם חשש שאלה הוי כרוב גם חמור בסימני אוכף לא נהדר כיון דשאלה לבד הוי כפלגא ואפילו בטב"ע של עדים אך בזה נסתר דינו של מהר"ס ברבי להתיר בטב"ע בכליו משום דחשש שאלה רק מיעוטא דהא הרוב תלוי ברלון ולא אזלינן בתרה באיסור א"א אלא לפימ"ש

לפימ"ש לעיל כיון דמיעוט דשאלה תלוי במעשה ל"ח רק כמיעוטא דמעוטא ואין חוששין לה רק בצירוף מיעוט דאיתרמי סימנים כסימנים אבל מיעוט מקדשי והדר מסבלי היינו דלא מסבלי אח"כ קדשו מקודם י"ל דלא חשוב תלוי במעשה וכמ"ש בכו"פ סימן א' סק"ז דרוב מלויין ח"ש ומומחין ל"ח תלוי במעשה לימוד רק אמרינן דאין שוחטין אם לא למדו מקודם אך במלחמות שם כתב דרובא מקדשי והדר מסבלי הוי רוב גרוע משום דתלוי במעשה לומר דלמא קדים ומסיק שם לבסוף דרובא מסבלי והדר מקדשי חיישינן למיעוט דמקדשי והדר מסבלי משום דאין הרוב בחיוב וטבע.

ובעיקר קושית הנו"ב אני תמה דהא רבא אמר להדיא בב"מ שם חמור דכ"ר דאל"ה ה"א דלא מחזירין חמור לא בעידי אוכף ולא בסימני אוכף לכן כתוב חמור הרי משום די"ל סד"ר נקט עידי אוכף וי"ל ס"ד נקט סימני אוכף וכמ"ש תוס' שם א"כ מקשה ביבמות שפיר לליסנא דאמר רבא ס"ד חמור בסימני אוכף היכי מהדרינן להא בהדיא אמר רבא אי סימנין דאורייתא אתי קרא לחמור בסימני אוכף ולא לעידי אוכף א"כ מצאתי כן בנוב"ת סימן ס"ו.

בב"ש ס"ק ס"ט בשם מהר"ל דהא דאמר בש"ס דהל"ם לתרץ לליסנא דס"ד הא דתנן אעפ"י שיש סימנים בכליו אבל אי סד"ר י"ל לחל"ם ובנו"ב בתק"ע סל"ב הוכיח כן מהרמב"ם דבפי"ד מגזלה ואבדה כתב דפרט הכתוב חמור להחזירו בסימני מרדעת ולמה לא כתב בסימני אוכף כבש"ס דהפרש גדול יש דאוכף לא מושלי דמשקב לחמרא משא"כ מרדעת א"ו ס"ל לרמב"ם הא דנקט רבא אוכף הוא להך ליסנא דס"ל ס"ד ומוכרח דחל"ם ומדתנן דאין מעידין אעפ"י שיש סימנים בכליו ורמב"ם דס"ל סד"ר לחל"ם לכן נקט מרדעת את"ד ול"ל מה דאיתא בב"מ ת"ש חמור בסימני אוכף וכתבו תוס' ברייתא הוא לא ס"ל לרמב"ם אלא מימרא דרבא ואף דאמר רבא אל"כ רחמנא חמור ה"א לא מהדרינן בסימני אוכף ובעידי אוכף דמשמע דמספ"ל לרבא אי ס"ד ואיך אמר ת"ש להוכיח דס"ל לרבא ס"ד י"ל כיון דיש תרי ליסנא ביבמות לרבא אי ס"ד אי סד"ר ה"כ לא אמר רבא אלא חד סימנים או עדים רק לליסנא דס"ל ס"ד אמר בסימני אוכף וללישנא דסד"ר אמר בעידי אוכף והא דאמר ת"ש דרצה לפשוט דס"ד ס"ל דרבא אמר בסימני אוכף ודחי אימא עידי אוכף כליסנא דס"ל סד"ר אך קשה דהא מפני אימא בעידי אוכף דסד"ר ומ"מ אמר אוכף ולא מרדעת.

ונ"ל דהא דחל"ם ל"מ אם רובא לא מושלי דאין לחוש למיעוטא באבדה דל"ח המוצא מוחזק אלא אפילו ת"ל דהוי כפלגא ופלגא מ"מ כיון דקי"ל רובא התלוי במעשה לא אזלינן בתרה הוי רוב התלוי במעשה לא עדיף מהמועט דלא תלוי במעשה א"כ בפלגא ופלגא אותו פלגא דתלוי במעשה אפילו כמועט לא חשוב אך רבא בבכורות דף כ"ף וביבמות קי"ע ס"ל דאין חילוק בין תלוי במעשה או לא לכן חושש לשאלה ולהכי נקט אוכף דוקא דלא מושלי משא"כ לדידן לכן נקט הרמב"ם מרדעת אך כ"ז באבדה משא"כ לאיסור א"א דכתבו הראשונים גבי רובא מסבלי והדר מקדשי ומיעוט מקדשי והדר מסבלי דלא אזלינן בתר רוב משום דתלוי ברצון לא סמכינן עליה באיסור א"א א"כ ה"כ חיישינן לשאלה דהא התם דמקדשי והדר מסבלי תלוי במעשה לומר דמקודם קידשה כמ"ש המלחמות בקידושין שם ומ"מ חיישינן למיעוט התלוי במעשה אך לפימ"ש הרשב"א והובא בהש"מ פ"ע מה"א הכ"ח דמיעוטא דמקדשי והדר מסבלי דחוששין דוקא בשיש שם מיעוט שעושין כן ברגילות אבל היכא דלעתים מקדשין במקרה ואח"כ מסבלין אפילו מיעוט לא מיקרי י"ל ה"כ חשש שאלה אינו רק לעתים במקרה אך באר ראשונים לא הזכירו זה ובנו"ב סל"ב תמה לשיטת הב"י אי סד"ר גם בכלים דלא מושלי ל"ה סימן א"כ הש"ס דפשיט ס"ד מחמור בסימני אוכף ודחי אימא בעידי אוכף ולחל"ם דאוכף לא מושלי והא אי סד"ר חל"ם גם בכלים דלא מושלי ולפימ"ש דוקא באיסור א"א לא סמכינן ארוב דלא מושלי משום דתלוי ברצון ומדאורייתא חשוב רוב גמור והתם אבדה דחמור לסימני אוכף קאי ובזה נדחה ראיית הנו"ב שם נגד הב"י עיי"ש מד"ה אומנם עד סד"ה ולפ"ז.

אמנם עוד הקשו על הרמב"ם דבפי"ג מה"ג הכ"א כתב דאין מעידין אעפ"י שיש סימנין בגופו ובכליו ולא ביאר דדוקא בארוך וגוץ ובחיורי וסומקי כדמוקי הש"ס למ"ד ס"ד ובפי"ד מגזלה כתב דסימנין דנין עליהן ד"ת ובפ"ז מנחלות כתב דאם באו עדים והעידו שראו בו סימנין ונשמע שמת יורדים לנחלה דלא החמירו רק באיסור כרת וא"כ מאי אמר בש"ס ת"ש אין מעידין אעפ"י שיש בו סימנין ש"מ סל"ד הא י"ל רק משום איסור כרת החמירו וכ"ל דבסוף ה"ג כתב הא דע"א ועמפ"ע ועדים בלא דו"ח נאמנים משום דאם יבא הבעל א"א לאשתמוטי ועל"ג וכתב הראב"ד בהשגות א"כ משום חזקה דדייקא ומנסבא ונראה מה דל"כ הרמב"ם טעם זה דמבואר להדיא בפרק הא"ר לענין נאמנות ע"א משום דס"ל בשני עדים ליכא חזקה דדייקא דסמכה עליהם לגמרי דהא ביבמות דף ל"ד איתא דנשאת עפ"י שני עדים כתובה אנוסה דמה ה"ל למיעבד דא"ל לדייק וכהי דאנן קי"ל גם בנשאת עפ"י שני עדים כל המותרות אלו בה מ"מ חזקה דדייקא ליכא דאולי סמכה על שני עדים דהרי רב ס"ל כב"ש דכתובה אנוסה והרמב"ם דכלל גם נאמנות שני עדים בלא דו"ח לכן כתב רק טעם דעל"ג ותוס' כתובות כ"ו ב' שכתבו כיון דליכא חומרא לבסוף לא דייקה משום דעכשיו דיש תרי ותרי מכחישין זא"ז הל"ל דדייקא כולא דס"ד דגם בהכחשה ליכא חומרא.

ולפ"ז י"ל מ"ש בה"כ דבכרת החמירו דסימנים דאורייתא משום דלא יזדמן סימן בסימן רק ע"צ המיעוט ומוצא אבדה ל"ח מוחזק כמ"ש תוס' ספ"א דכתובות רק בא"א יש לסמוך מיעוטא לחזקת א"א מדרבנן כדאיתא ר"פ האשה שהלכה דמדרבנן סמוך מיעוטא לחזקה אך משום עיגונא לא ה"ל להחמיר על דאורייתא לזה כתב משום איסור כרת החמירו דזה הוי תחלת העדות אחמירו בה רבנן כדאיתא בפי"ב מ"ו ע"ב דומה לזה בריטב"א וכ"י בשם הרא"ה ר"פ הא"ר ול"צ דחזקה דדייקא מרעא לחזקת א"א דהא מיירי בשני עדים ומיורדין לנחלה אבל בע"א דחזקה דדייקא ל"צ סמוך מיעוטא לחזקה לכן אמר ת"ש דאין מעידין אעפ"י שיש סימנין דאפילו ע"י ע"א וש"מ סל"ד ולא כתבו בתוס' ב"ב דל"ב בד"ה אכן דדייקו גם בתרי דשמא יוזמו רק בתו"ת והח"ס א"ח סימן קל"ע דהוכיח להיפך מתוס' הללו תמוה אצלי ומ"מ אפילו לא יסברו תוס' כן אין מוכרח הרמב"ם לסבור כן.

ולפ״ז קשה כיון דלעולם ס״ד משום דלא יזדמן רק ע״פ המיעוט סימן כסימן אך כשיבא הבעל יוכל להשמט דאיתרמי סימן כסימן ולא עלי״ג ואפשר לומר משום דביבמות בשלש מקוות בעי אי טעמא דכאון ע״א משום חזקה דדייקא או משום דעלי״ג ולא איפשט לכן פריך מהא דאין מעידין ממ״נ או כפשטי דקל״ד או כפשט דכאונה ע״א משום דעלי״ג וכה״ג כתבו תוס׳ בפ״ק דב״מ בסוגיא דרכוב ומנהיג ובריש המפקיד בד״ה כגון פירות דקל ובאק״ז שם.

אך יותר נ״ל דהנה בכלל הבעיא אי קל״ד הוא משום השם רמאי כמ״ש שם באק״ז ובמוצ״ן ור״ן בהילין דף עין ו״ל כיון דעלי״ג דבעל אבדה יצא לקול הכרוז ויברר בעדים ובסימנים מובהקים ביותר דשלו הוא דבעל אבדה בקי בשלו יותר ויוציא מזה כדאיתא בב״מ שם כ״ע לא ידעי ועיין באק״ז שם דע״ז לית לו פקידא דיוציא ממי שלקחו ברמאות וכיון דעלי״ג לא חוש לרמאי אלא אם חיישינן דאיתרמי סימן כסימן יוכל להשמט ולומר דגם הוא אבד בסימן כזה לכן שפיר פשיט ומדתני בעגונה דאין מעידין דבשניהן השם דמסקר דאינו עלי״ג.

ובזה י״ל מה דמשני בב״מ אהא דאמר עד דרוש אחיך אותו י״ל בסימנין לא בעדים ופרש״י שיעידו דשלו הוא ותמה הרה״ה זה פשיטא דיש לו תובעים הוא ולפיו״ש ה״פ לא בעדים שאינו רמאי ותלי״ת ונלאתי כן פירש הראב״ד דבעדים שאינו רמאי מהדרינן אבדה גם בסימנים בינונים. ולפ״ז י״ל הרמב״ם ס״ל סל״ד משום דיש לחוש לרמאי בסימן בינוני לפי דין הראשונים דלא הצריכו שיביא עדים שאינו רמאי לכן כתב תחלה דמהדרינן בסימנין ולא ביאר אם נד״ת אח״כ כתב דעכשיו התקינו שיביא עדים שאינו רמאי ולזה סמך מ״ד סימנים דכין עליהן ד״ת כשמביא עדים שאינו רמאי ולזה פסק שפיר דבעדות אשה אין מעידין ע״י סימנים דממ״נ בשני עדים ליכא חזקה דדייקא א״כ סמוך מיעוטא דאיתרמי סימן כסימן לחזקת א״א מדרבנן ובע״א ליכא טעמא דעלי״ג דיוכל להשמט.

ולפ״ז י״ל נמי מ״ש הרמב״ם דחמור מחזירין בסימני מרדעת ולא כתב בסימני אוכף כלישנא דהש״ס ובתוס׳ בב״מ וביבמות הקשו דלמה תנן מלא פירות בכלי חייב להכריז לפי מה דמשני דבכלים הנ״ש עוד הקשו כמו דמתיאש כשליכא סימנים ה״נ בסימנים אי סל״ד ולמה נחזיר בעדים דשלו הוא אך לפיו״ש דכל השקלא וטריא דש״ס כשאינו מביא עדים שאינו רמאי א״כ גם אי סל״ד בקל ימצא עדים שאינו רמאי ויחזירו לו ע״י סימנין דזה ילפינן מעד דרוש אחיך אותו דגם אי סל״ד נ״ל הקרא בעדים שאינו רמאי ומהני סימנין ע״כ אינו מתיאש דבשלמא עדים שיכירו החפץ אם שלו הוא אינו מוצא בקל דאחרים לא בקיאתן עין ואין מכירין בטב״ע אבל שאינו רמאי כל שכניו יודעים וא״ל א״כ נוקי גם במלה לזה דמועיל סימנים כשיש עדים שאינו רמאי דז״א דאם סל״ד ע״כ עד דרוש אחיך להכי אתי אבל אם סימנים דאורייתא צריך שמלה לזה דמן דרוש אחיך ה״א דאתי לעדים שאינו רמאי ולפ״ז נ״ק ממלא פירות בכלי דחשש שאלה היינו שברמאות בא ובעדים שאינו רמאי סגי לכן חייב להכריז דליכא יאוש דאם באמת אינו רמאי בקל ימצא עדים והנה מה דאמר רבא חמור בסימני אוכף לפי האמת ע״כ משום דבמרדעת חל״ש וה״ד אי סימנין דאוריי׳ וא״ל לעדים שאינו רמאי אבל רמב״ם דפסק דאין סימנים ד״ת רק בעדים שאינו רמאי א״כ חמור מרדה כה״ג תו ליכא חשש שאלה גם במרדעת ומש״ה לא משני הש״ס על ת״ש דחמור בסימני אוכף ש״מ ס״ד דמיירי בעדים שאינו רמאי דא״כ לאשמעינן יותר בסימן מרדעת ולפ״ז אינו מוכח מרמב״ם בשמלה מת דל״ח לשאלה דרק באבדה כיון דמביא עדים שאינו רמאי ל״ח לשאלה ובא ברמאות רק ודאי אבד וכיון דאומר סימנים ל״ח דגם לאחר נאבד כזה ולפ״ז מתורץ מה שהקשו לשיטת הב״י דאם קד״ר חל״ש גם בכלים דלא מוקי אכ״ק חמור דקרא במאי מוקמינן ולפימ״ש א״ש כשמביא עדים שאינו רמאי אז מחזירין חמור בסימני כליו.

כתב החמ״ה ס״ק מ״ב כמו דחל״ש ה״נ למכירה וכו״ב כתב דלא מפקינן מחמ״ק בחשש בעלמא ולכאורה יש ראיה דתוס׳ ביבמות הקשו אי חל״ש למה מלא פירות בכלי יכריז ותרצו מדרבנן ל״ח לשאלה בממון ולשון הש״ס ביבמות אי חל״ש חמור בסימני אוכף היכא מהדרינן משמע דקי״ל דגם בממון אין להחזיר לכן י״ל לפימ״ש הראב״ד ורמב״ן והרשב״א ור״ן דל״ח בכל אבדה שמא פ״א שאל אותו חפץ ויודע סימניו וכשהחזירו נאבד ומבעליו דודאי במקרה בשעה ששאלו לשעה מועטת לא ידע סימניו וא״כ אם נחוש לשאלה ואבד השואל פירותיו בכלי השאול לו נתייאש מפירותיו דבפירות אין סימן דתנן מלא פירות לא יכריז א״כ בחשש זה נוציא הפירות מהמ״ק משא״כ בחמור בסימני אוכף יש לחוש דהחמור של אחר ויתן סימן בחמור עצמו ולא נתייאש וזה א״י סימני חמור שאינו שלו והאוכף השאיל לחברו בעל החמור.

אך כבר תרצתי לעיל קושית התוס׳ ובעוי״ל דהפנ״י בכתובות די״ב הקשה למה צריך סימנים באבדה בלא״ה בו״ש ברי עדיף לכ״ע כשאינו בא להוציא מיד המוחזק ולע״ד נק״מ דאטו אנן חיישינן לטובת המוצא אנן חיישינן שמא אחר שאינו לפנינו אבדו ומחר יבוא ויטעון ברי או יברר דשלו הוא ולא שייך בזה ברי ושמא כיון שהבע״ד אינו לפנינו והרי ניתני לבקוחות טענינן כל מה דאפשר מצי למטען דשמא אם היה בפנינו היה טוען ברי וכבר כתבתי דשואל שמא א״י סימני החפץ א״כ א״ת הכלי השאיל לאחר ואבד השואל הפירות באותו כלי ודאי נתייאש כיון דבפירות עצמן ליכא סימן ומילא אין לדון רק נגד המוצא אם זכה בהן ונגדו הוי בע״ד וטוען התובע ברי והמוצא טוען שמא השאיל לאחר ובו״ש ברי עדיף ובחיבורי ערך ש״י על חו״מ סימן קמ״ך הצלתי דהיכא די״ל כנכ״ה ברשות ובמקום מהני להוציא ממון מחזקתו ומש״כ כנכ״ה בחד לד ברשות לבד או מקום לבד א״כ ל״ד מכירה משאלה דבחשש שאלה נ״ל רק כנכ״ה במקום אבל הרשות לא נשתנה דגם כשהוא אצל השואל הוא של המשאיל וברשותו למוכרו וליתנו ועב״י חו״מ סימן ר״כ מחודש י״ד דכנכ״ה מהני להוציא מהיורשים וכ״פ בש״ע שם אף דהתובע טוען שמא הכא דהתם י״ל כנכ״ה באותו מקום ובאותו רשות שו״ל בשו״ת הרי״ם בתק״ע סט״ז שתירץ קושית הפנ״י כמ״ש עיי״ש.

בשו״ת ב״ח הישנות ס״ס פ״ו כתב במצא ההרוג אחר זמן מועט שיצא לדרך במלבושים שיצא ולא היה עמו עוד מלבושים אחרים ל״ח שהחליף כדאיתא ביו״ד סימן קכ״ט בחביות יין שנמצא במקום

במקום שרובה גוים ובא ישראל ונתן סימן בחביות דכשר היין ול"ח שמלאה גוי ופינה היין כשר ומלאה כשך דאמרינן היין שנמלא בחביות עתה היה בו תחלה ולא הוחלף אבל אם ילא זמן רב חיישינן לשליפין כדאיתא ביבמות דף קט"ו באפקיד שומשמין שמא פינן וכתבו תוס' שם הא דמדמי אפיקי ומוכא לאיסורא משום דרגילות לפנותן וא"כ קשה למה בחביות יין ל"ח שמא פינן אע"כ לחלק בין זמן רב למועט את"ד וקשה דהא ביו"ד לא חילק וכן כש"פ סתמו שם והב"ח גופא שם לא חילק עיי"ש גם הגמרא ביבמות שם לריך ישוב דתחלה קאמר דלא חיישינן שמא פינן מדתנן בפ"ד דמעשר שני מלא כלי וכתוב עליו תיו תרומה ופריך אימא סיפא רי"א חולין שא"א דפינה אלא ת"ק ס"ל אם איתא דפינה הוי מוחק ור"י סבר אימא שכח וקשה מה פריך מסיפא הא הלכה כת"ק כמ"ש הרמב"ם בפ"ו מהלכות מע"ש ה"ח ועוד איך מספק מתיר ר"י איסור תרומה ותוס' כתבו אהא דס"ד להביא ראיה דל"ח שמא פינן מת"ק דתימא הא במזון יש לחוש שלא להוליא מחזקתו ותירולם אינו מובן וכ"ל דס"ד דכככ"ה אהכי להוליא ממון מדתנן תיו תרומה דהיינו ודאי תרומה ולא ספק ולא אמרינן כיון דתרומה בעולם אחד מחמשים ותרומת מעשר אחד ממעשרה הרי רוב חולין וכימא דהפירות שבחביוה מן הרוב אע"כ דכככ"ה עדיף מרוב א"כ מהכי גם להוליא ממון ופריך אימא סיפא דרי"א חולין ואיך מתיר מספק איסור כרת אע"כ דרוב עדיף מכככ"ה ואף דאין הלכה כמותו מ"מ למה נשוי פלוגתא רחוקה כ"כ דלת"ק ודאי תרומה דכככ"ה עדיף מרוב ולר"י ודאי חולין דרוב עדיף הלא יותר נכון לומר דפליגי בסברא אחרת דלת"ק ס"ל מדלא מחק התי"ו ש"מ דלא פינה ור"י ס"ל שמא שכח למחוק לכן אזלינן בתר רוב ולכ"ע רוב עדיף מכככ"ה ולא מפקינן ממון ברוב מכ"ש בכככ"ה אבל בחביות יין הנמלא כיון דקהם ייכם רק מדרבנן סמכינן אכככ"ה ולהמלחמות ביבמות שם גם לענין עגונה סומכין אכככ"ה ואף דבחביות יין י"ל מרובא עכו"ם הוא ועדיף רוב מכככ"ה וכדמוכח מהך דר"י בתיו תרומה וכמ"ש שאני הכא דכפילה אפילו דרבים לא שכיח כדאיתא בב"ב דף קע"ב וכהי דישראל שאמר הסימן חזינן דכאבד ממנו מ"מ אין לחוש דפינה עכו"ס והדר כאבד ממנו דרובא דעלמא זהירי ואין אובדין א"כ הוי רובא נגד רובא ושפיר סמכינן להתיר משום כככ"ה.

ועבשיו כבוא בזה להבין דברי התוס' שם בתירולם ז"ל וי"ל דכראה לו לדמות כיון דרגילות לפנותם ואפ"ה ל"ח שמא פינה לענין ממוכא כמי מפקינן עכ"ל דבשלמא אם ל"ח שמא פינה משום דאין רגילות י"ל כמו דהדין דאכן לא טעניכן ליתמי מילתא דל"ש ובע"ד עלמו מלי לטעון כדאיתא בחו"מ סימן ק"ח ה"כ י"ל לענין תרומה דאין כאן טוען אכן ל"ח למלתא דל"ש משא"כ בעובדא דשומשמי דכפקד טוען בעלמו דפינה אך כיון דרגילות לפנות ומ"מ אמרינן שהוא תרומה אף דרובא חולין וע"כ משום דחזקה כככ"ה עדיף מרובא והוי כודאי וכמ"ש הפנ"י בקידושין דף ס"ג ע"ב דע"א א"כ נגד חזקה כיון דלא אתרע הוי החזקה אבל נגד רוב נאמן ע"א כיון דיש מיעוט אינו כודאי נאמן ע"א דאינו רק מברר שזה מן המיעוט ה"כ חזקת כככ"ה מש"ה עדיף מרוב וא"כ לא מהני טענת הנפקד ג"כ נגד החזקה דכככ"ה כיון דלא אתרע הוי כודאי.

ובשו"ת שאג"א וקול שחל שאלה ה' הקשה על הב"ח דחיים לחילוף א"כ כדפריך הש"ס אי חלי"ש חמור בסימני אוכף היכא מהדרינן וכן ממלאו קשור בכים כהי דלהתירון דלא מושלי אלו דברים י"ל דלא מחלפי אבל לס"ד ליחא וליטעוך כיחם לאחלופי ולק"מ חדא דכ"פ מליכו בתלמוד דיי"ל וליטעמך ולא אמר כמבואר בכללי הש"ס ועוד דלמ"ד דל"ח לשאלה משום דאחזוק ריעותא לא מחזיקינן ה"כ ל"ח לאחלופי וזה מדויק בלשון החמ"ח ס"ק מ"ב שכתב ול"ד לשאלה ה"ה למכירה ואבדה חיישינן דמיותר מלת הכי אלא רל"ל כמ"ש דאם לא היה חיישינן לשאלה ה"כ לא הוה חיישינן למכירה ואבדה וכן מדייק הב"ח בתשובה שם דז"ל דמה דקאמר בגמרא דחיישינן לשאלה ל"ד אלא ה"ה דחיישינן דלמא החליף כלים בכלים של חברו דכך הוא הרגילות לפעמים דמחליפם הרי דזה דוקא למ"ד דחיישינן לשאלה דכך הרגילות להחליף כמו להשאיל ועוד כהי דלס"ד לא ידע דמכחשי בכלים הללו ולא מושלי הייכו כשעושה גמ"ח ושלוחי מלוה אין כיזוקין וכיחא לאיכש למיעבד מלוה במשוכיה אפילו בחסרון כיס ועב"ח א"ח סימן תל"ז ס"ג והתרלן גילה לו דקפדי אפילו במקום מלוה וגמ"ח.

בשו"ת ח"ס א"ע סימן ל"ה כתב בנמלא בבגדו קויטע מחליפה באקקלאטע חיישינן שהיה מונח בכיס שבבגדיו ושוב השאיל הבגד לזה שנמלא הרוג וכן בכלים דלא מושלי דלח"ש דוקא אם הטבעת בידו וכיס ואקכקי מלובש בגופו דא"א לומר שהאל הבגד שהיו מונחים בו אותן דברים דלא מחזיקינן ברשעי להשתמש שלא מדעת בעלים כמ"ש ל"ל הובא בסוף קו"ע את"ד.

ולא כ"ל דא"כ מאי מהני במלאו קשור בכים ואקכקי וטבעת דלא מושלי שמא השאיל בגדו והיה מונח בו וכ"ל בזה אחזיקי ברשיעי דלא ידעינן השליח שכי מכו ול"ד למ"ש הל"ל דאכו דכין על אים הנמלא וכדמחלקי תוס' ורא"ש בפרק כל הנשבעין ועוד א"כ מאי מהני אביי ביבמות קט"ז אי לכפילה מיזהר זהיר בו ואי לפקדון כיון דשמו כשמו לא מפקיד גביה עדיין יש לחוש שהיה השטר מונח בבגדו ושכח והשאיל בגדו לזה ואם אביי לחל"ש הל"ל בהדיא כמו דהשוב ואזיל לסלק חשש כפילה ופקדון ומקורה כיון דטענות הללו לא מהכי לחשש שאלה ועוד רבא בב"ב דף קע"ג דלא חייש לכפילה דרבים עדיין יחוש לשאלת בגדו ושכח השטר בתוכו דהא ללישנא דאמר רבא ס"ד ע"כ חייש לשאלה כדאיתא ביבמות דף ק"כ ע"ב ועוד הא כתב הר"ן בפרק כל הנשבעין דא"כ לומר שכחתי במעשה שכעשה בזמן קרוב דודאי לא ישכח והובא בס"ך חו"מ סימן ל"ד ובסמ"ע וש"ך ריש סימן ל"ב וא"כ הא אמרינן בב"מ דף כ"א ע"ב אדם עשוי למשמש בבגדיו כל שעה וודאי ידע תיכף אחר כפילתו ונתייאש וכ"פ בחו"מ סימן רס"ב הרי דבסברא זאת מוליאין מחמ"ק א"כ ה"כ כיון דממשמש בבגדיו כל שעה ממילא ל"ל דבזמן מועט שכח וכן ביבמות דף קט"ו ע"ב גבי חביות שכתוב עליו תיו תרומה דאם איתא דפינה היה מוחקו ור"י ס"ל שמא שכח או בכונה הניחו כדי שלא יאכלו אותו וקי"ל כת"ק דלא חיישינן לשכחה ואהכי כגד הרוב פירות חולין וגם ר"י י"ל דל"פ רק משום דיש תרי טעמי וגם רוב פירות חולין וח"ס עלמו בסימן ס"ה לא כ"כ גם בב"ש סוף ס"ק ס"ט מבואר דלא כותיה ול"ע בפרש"י יבמות ק"כ ב' בד"ה מלאו קשור בכים ליחוש אעפ"י

שהוא מכיר את הכיס שמא השאילו לאחר וקשר בו גט זה והחזירו לזה ושכח בו את הגט עכ"ל ול"ל נהי דאדם עשוי למשמש בכיסו כ"ש היינו במעות המונח בכיסו שבבגדו משא"כ כאן דהגט קשור בכיס ממשמש רק אם לא נפל הכיס מתוך הבגד לכן אפשר ששכח מהגט ובלא"ה יש פלוגתא אי חיישינן לשכחה בזמן קרוב כמבואר בתומים בסימן ל"ב סק"א ואנן קי"ל דל"ח לשכחה כדאיתא בסימן ל"ד ס"ה ובסימן ל"ב סק"א ועוד הא דאמרינן בפא"מ דעשוי למשמש בכיסו לתרץ לאביי דס"ל ישל"מ ל"ה יאוש וביבמות שם קאי אליבא דרבא.

ויל"ד מי הכריחו לרש"י לזה די"ל שהשאיל הכיס לאחר לקשור בו הגט ותבע זה כיסו וא"ל שאבדו עם הגט ונראה דל"ח דשליח זה ישקר א"ל דגם הוא אבד גט ויאבד שכרו או המשלח יתרעם עליו וא"כ ודאי אבד גט ולומר דגם אחר אבד גט עם הכיס צ"ל שני אבדות ומנ"ל להקשות למיחש לשאלה ולשתי אבדות כיון דרבא ס"ל לנפלה דרבים ל"ח ונהי דזה ודאי אבד מה"ת עוד לאחר שאבד לכן צ"ל דהחזיק הכיס ושכח בו הגט ושליח זה הניח בו ג"כ גיטו ואבד הכיס עם שני הגיטין וליכא רק אבדה אחת ולכן בב"מ דלא קאי לרבא פרש"י קושיא דליחוש לשאלה דהשאיל כיסו לאחר וקשר בו גט ולא כתב דהחזיר הכיס ושכח הגט.

בנוב"ת סימן ס"א כתב בנטבע במים ונמצא בבגדיו דברים דלא מועלי יש לחוש שהשליך מעליו כדי שיוכל לשוט ולהציל עצמו אפילו למאן דלאל"ם את"ד ובב"ח לתשובה ס"ס פ"ו לא כ"כ דהביא ראיה דל"ח שהשליך בגדיו מהך דיו"ד סימן קכ"ט בנמצא חביות יין במקום שרובא עכו"ם ובא ישראל ונתן סימן בחביות דהיין כשר ול"ח דמצאו עכו"ם ושפכו היין ונתן בו יין שלו ואף דהתם רק סתם יינם דרבנן מ"מ כיון שאסרו סתם יינם בהנאה הרי החמירו בו כשל תורה עיי"ש א"כ ה"נ ואף דכתבתי לעיל דיין ל"ח לשתי אבדות אבל בחשש חליפין צ"ל כן מ"מ ה"נ נהי דחזינן דאחד נטבע מ"מ אין לחוש דשנים נפלו למים דאונס לא שכיח והוי מונח כנמצא חביות יין דאמרינן ככה"ג והרי הרמב"ן במלחמות ביבמות קט"ו כתב דסמכו ביצחק ר"ג אככה"ג רק בשומשמין לא סמכו אככה"ג להוציא ממון דשכיח דמפכין א"כ כאן דהחשש שהנטבע בעל אשה זאת השליך מעליו בגדיו ומצאו זה שמצאו מת ולבשן ונטבע גם הוא דזה ל"ש א"כ יש לסמוך אככה"ג אפילו אי חיישינן לשאלה דשאני שאלה דאמרינן בעלה לא נפל במים ושכיח שישאיל משא"כ בזה דבעלה נפל במים אין לחוש דמצא אחר הבגדים ונפל בהן ג"כ למים וכ"ש היכא דנפל למשאל"ם ושהו עליו עד שתצא נפשו דכבר מותרת מן התורה אלא אפילו באיסור תורה כיון דהתירו היין אף דרובא עכו"ם דבזה גם ספק דרבנן אסור כאן צ"ל דזה הנמצא מת מרובא דעלמא ולא בעל אשה זאת וכמ"ש בנוב"ק בתק"ע סימן מ"ג בד"ה ולא מצאתי אך לקמן השגתי על הנו"ב בזה בד"ה ובנו"ב בתק"ע.

בב"ש סק"ק ס"ע וכ"ז איירי כשנמצא בבגדיו אשר לבוש ארנקי או נמצא בידו טבעת אבל אם נמצא ארנקי סמוך לא מהני כי י"ל דהארנקי מונח מקדם ובנוב"ת לבן המחבר כתב כיון דל"ח לשאלה איך בא הארנקי לכאן וצ"ל דחיים לאבדה כמ"ש החמ"ח אף בכלים דלא מועלי חיישינן לאבדה וא"כ קשה קושית הנו"ב מה תירץ הש"ס אהא דמצאו קשור דכיס וארנקי לא מועלי אכתי נחוש לאבדה ותירץ הנו"ב דחמ"ח קאי לשיטת הב"י דאם סימנים דרבנן חיישינן ג"כ בכלים דלא מועלי לשאלה וכן לאבדה והש"ס קאי למ"ד ס"ד וא"כ הב"ש דמסיק דבכלים דלא מועלי לא חל"ש ה"נ לאבדה והק"ל ותירץ דכאן קאי גם הב"ש רק לשיטת הב"י את"ד ולא הבנתי דא"כ גם בנמצא בבגד שלבוש הא חיישינן לשאלה להב"י ולכן נ"ל כמ"ש לעיל בתירוץ קושית הנו"ב דשאני כיס וארנקי שקשור בגט הכתוב בו יוב"ש כיון דזה השליח אבד גט של יוב"ש לא חיישינן שאבד הכיס ומצאו אחר שיש לו ג"כ גט מיוב"ש דהוי נפילה דיחיד ועמ"ש בחיבורי ערך ש"י על חו"מ ס"ס רס"ב וח"ס א"ע ס"ס כ"א כתב דכאן צ"ל דרוב מנגד לקורבא ובסימן כ"ז כתב דרוב מנגד לקורבא אעפ"י דהכלים נפלו ודאי מראובן אמרינן זה ההרוג מרובא דעלמא ואינו ראובן.

מעשה בא לפני באחד שנמצא אצלו פאס ועבר זמן הקצוב בו שיוכל לנסוע בו ואמרתי אף דבנוב"ת סמ"ו כתב דפאס הוא ככלי דלא מועלי מ"מ יש לחוש לאבדה אף דמה"ל הובא בפ"ת ס"ק ל"ה כתב דל"ח לאבדה שא"ה כיון דנפסל ע"י דעבר זמנו לא זהיר בו כדאיתא בפ"ק דב"מ די"ב ברש"י ותוס' שם בד"ה ולא לוה דמשום פסולו לא נזהר לשמרו ועי"כ גם כשנמצא בגופו סימן בינוני לא מהני לפי מה דהשיג הב"מ כאן על החכ"צ דדוקא לנפילה דיחיד ל"ח משום דנפילה מצד עצמו לא שכיח די אם נחוש לנפילה דרבים כמ"ש תוס' ביבמות דף קט"ז דאביי ליצרף דנפילה מזהר זהיר עם סברת נפילה דיחיד משא"כ שאלה מאן יימר דל"ש ומל"ע כמו נפילה וא"כ בפאס פסול דלא זהיר אין לצרפו עם ס"ב שבגופו.

במרדכי סוף יבמות כתב שהתירו אשה ע"י שגוי הסל"ת שהרג יהודי בין ניקולא לאוידק שהיה מוליך עשרה ליטרין ששלחה מרת יהודית לאחיה בניקולא ושאלוה אם שלחה ואע"ג דתנן אין מעידין אלא על פ"פ אף שיש סימנים בגופו ובכליו הא מוקמינן התם גופו דארוך וגוץ כליו חיורי וסומקי דאלו אינן ס"מ אבל בס"מ מעידין אף למ"ד של"ד וכתב בתשובת ב"י דנראה שהם תופסים עיקר ככ"ב דכליו חיורי וא"כ ל"ח לשאלה שכ"כ התוס' ולא ידעתי מי הכניסו לדחוק עצמו בההוא עובדא הא אפילו לאידך ליכא איתתא שריא דהא פקדון לא עביד איניש למסור לאחר דאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר ובשאגת אריה וקול שחל הוכיח מזה דלנפילה ל"ח דאל"כ י"ל שמא נפל מהשליח ומצאן אחר ונראה כונתו שמא ומצאן מי שידע שאותן יוד ליטרין שלחה לאחיה וא"כ יש סימן במנין ומשקל וליכא יאוש ואפילו נמצא במקום שרובו עכו"ם מ"מ המעות אינן של השליח ולא מועיל יאוש שלו והאשה ששלחה לא ידעה והוי ישל"מ ונראה דבזה מיושב המרדכי דס"ל דאם חיישינן לשאלה ה"ה לנפילה והגוי לא אמר להדיא ששלחה עם נהרג זה וי"ל דזה שמצאן כיון דלא זכה בהן הוליכן לאחי האשה להשיב האבדה לכן כתב המרדכי דמסקינן דלשאלה ל"ח ומשום דלא מחזיקינן ריעותא במידי דלא שכיח כ"כ ה"נ לנפילה כמצא אף דמהב"י ראיה דאף למ"ד דחיישינן לשאלה מ"מ ל"ח לנפילה מ"מ מהמרדכי ראיה להיפך דאם חיישינן לשאלה ה"נ לנפילה.

אך מ"מ יל"ד על המרדכי דבשלמא לשאלה ל"ח דחזקה כל מה שת"י אדם שלו כמ"ש הנו"ב

סברא

סברא זאת בכמה תשובות אבל בנידון המרדכי דהיה שנים ואפילו שנהרג הוא השליח מ״מ אין המעות שלו ה״נ י״ל שנהרג אחר ומצא אותן מעות וצ״ל דס״ל כהי דהשליח ודאי ידענו דאין המעות שלו מ״מ אין לספק על אחר שלא ידענו שילא מן החזקה וי״ל דגם הב״י ס״ל דיש לחוש לנפילה כמו לשאלה רק שאני בהולכות מעות בדרך דצריך שיהיו קשורים ומונחים בידו או על בטנו בפניו כדאיתא בחו״מ סימן רל״א ס״כ ואפשר גם המרדכי ל״ה לנפילה אלא דס״ל אי חיישינן לשאלה כהי דאין לחוש שמסר המעות לאחר משום דאין רלון המפקיד שיהא פקדונו ביד אחר מ״מ שמא השאיל בגדו שהיה המעות מונח בו ושכח דהמעות מונח בו וכדפרש״י ביבמות ק״כ ע״ב דשמא החזיר האחר כיסו למשאיל ושכח דהגט מונח בו ואי דמעות לריך שיהיו קשורים ומונחים בידו או על בטנו מכנגד פניו מ״מ הרי כתב המב״ט סימן שמ״ב דה״ה אם מונחים בכיסו התפור בבגדו והב״י או דס״ל דלא סגי בזה או דס״ל דלשכחה ל״ח וכמ״ש לעיל ואפילו לרש״י דשאני גט דהוא דבר קל משא״כ עשרה ליטרין כסף דמרגיש בכובדו גם י״ל אף לרש״י אין לחוש לשכחה בדבר שיש בו קפידא וכמו שהוכחתי לעיל רק בגט אפשר כמלך הבעל מלגרש בו ואין לו לורך בו לכן שכחו הבעל או השליח אחר שבטלו הבעל בפניו דהא אם כאבד האחר ג״כ אמרינן מדנפל אתרע ושמא נמלך כדאיתא בפ״ק דב״מ.

ועדיין יל״ד מה ק״ל להב״י על המרדכי הא ברגיל להפקיד אללו רשאי למסור פקדונו כיון דיודע דנאמן אלל המפקיד כדאיתא בחו״מ סי׳ רל״א ומלאתי שכן הקשה בשו״ת חב״י סימן קל״א ונראה דבשאלה לשאלה יש לחוש דמשאילין לפרקים אף למי דלא מוחזק אללו לאיש מהימן משום דבוש להשיב פניו ריקם וגם משום רחמנות וגמ״ח דכל מדות הללו בישראל כדאיתא ביבמות דף ע״ט אבל שליח אינו רשאי להפקיד אלל אחר רק אם משלחו ג״כ מפקיד גביה וודאי לא מפקיד רק למוחזק אללו לנאמן והכתוב אומר כי פשו המוכים וחכז״ל אמרו הרחק מן הפקדונות וכ״ש כה״ג להוליך יוד ליטרין מעות בדרך דיש חשש סכנה דחזי מה עלתה לזה דקתאי מחמת המעות וא״כ שיתרמי מי שרגיל המשלח להפקיד אללו ויתרלה לקבלו להוליך המעות משם רחוק ודומה לנפילה דיחיד. ואפילו לליסנא דחיישינן לשאלה אין לחוש לזה והמרדכי דהתירו רק ללישנא דל״ח לשאלה ע״כ משום דאל״ה יש לחוש שמכר המעות לקחת בני אדם ולפרש״י בפרק הגוזל עלים דף ק״ז דמלוה שעשה לו טובה אינו יכול להעיז לכפור משא״כ פקדון א״כ בשלמא שאלה דרך להשאיל לכל אדם דאינו ירא שיכפרנו משא״כ להפקיד.

ב״ש ס״ק ק״ט הקשה דבש״ס פריך מגט דמחזירים בסימני כלים על מתניתין דל״מ סימנים בכלים ש״מ גט והיתר אשה שוים ולקמן סימן קל״ב פסק דל״ח לשאלה באדנקי ואפשר בגט הבע״ד לפנינו ולא אמר דהשאיל ול״ח לשאלה. אבל כאן חיישינן שמא השאיל הבעל מיהא הסוגיא עדיין אינו מיושב עכ״ל פירש דמאי פריך מן גט על עדות מיתה הא י״ל שאני גט כיון דהבע״ד לפנינו ואינו אומר שהשאיל ונראה דמה יועיל מה שאינו אומר שהשאיל הא אפילו בפירש יאמר שלא השאיל אינו נאמן דהוי דשב״ע ואיתחזק איסורא דא״א אך י״ל כיון דזה תליא אי ס״ד אז בכלים דלא מושלי ל״ח לשאלה ואי סד״ר חיישינן לשאלה כמ״ש הב״ש מהב״י וריטב״א ואכן מספ״ל אי ס״ד או דרבנן והוי ספ״ד ולאוקמא אבל חזקת א״א מו ליכא דמשום חזקה לא ישתנה הדין כמ״ש מל״מ ואחרונים א״כ ע״א נאמן וכיון דאינו אומר שהשאיל סתמא לא השאיל דאם השאיל היה אומר משא״כ בש״ס דקאי ללישנא דסימנים דאורייתא וחיישינן לשאלה לאו משום ספקא דליכא אין ע״א מעלה ומוריד כיון דאיתחזק איסורא דא״א.

ועוד דברים גיטין פריך איך השליח נאמן לומר בפ״נ הא אין ע״א נאמן בדבר שבערוה ומשני רוב בקיאין הם הרי היכא דיש רוב נאמן ע״א וא״כ למאי דמשני דכים ואדנקי לא מושלי כהי דחיישינן למיעוטא דמושלי כיון דרוב לא מושלי נאמן ע״א משא״כ המקשה דלא ידע דכלים הללו לא מושלי ליכא רוב ועכצ״ל דמקשה ס״ד דליכא רוב מדפריך חמור בסימני אוכף היכא מהדרינן הא באבדה דליכא חזקת ממון מהני רוב וכבר כתבתי לעיל משום דלחד תירץ בבכורות מן התורה סגי בפדחת בלא חוטם רק רבנן אחמרי וא״כ ל״ל דכל השם שאלה רק מיעוט דא״כ למה אין מעידין על פדחת לבד עם סימני כליו כיון דאינו רק חומרא דרבנן והש״ס רולה לתרץ שיתורץ לכל התירולים שבבכורות וגם רולה לתרץ האמת דליכא רובא רק בכלים הללו והתרלן גופא הקשה ותירץ דיותר מזה כתבו תוס׳ בר״פ א״מ אהא דהרי״ל בקב דהשואל בכמה הוא עלמו המש״ב בקב כ״ש כאן דסתמא דש״ס מקשה ומתרץ דהוא רב אשי שסידר הש״ס כמ״ש בספר הכריתות אות כ״ב ואות פ״ה בשע״ג.

ובנו״ב סל״ב כתב תשובתא רבה ונ״מ דרלה לפשוט דס״ד מחמור בסימני אוכף ומשני אימא בעידי אוכף ואי כהב״י דאם סד״ר חל״ש אף בכלים דלא מושלי דל״ה ס״מ עדיין מוכח דס״ד מדלא חיישינן לשאלה בעידי אוכף ונראה דביבמות לא שיולי אינשי איכפא ובכים ואדנקי אמר לא מושלי וצ״ל דאוכף דמסקב להמרא גם השואל אינו רולה לשאול דכמו דמסקב להמורו של משאיל כשמחזירו כן מסקב לחמורו של שואל משא״כ בכים ואדנקי דמכחשי שיטל מזלו אינו רק קפידא למשאיל דהיה כיסו בקביעות תדע דאל״ה מה קפידא הא כשיחזיר לו השואל דמקתמא אינו משאיל רק למי דבטוח שיחזור לו א״כ יחזיר מזלו עם מזלו של שואל וירויח וא״כ בשלמא כים ואדנקי וטבעת דהקפידא רק מן המשאיל דרובא לא מושלי מ״מ כיון דאיתרמי מיעוטא דלא מכחשי תו לא חשיב כסימן מובהק ביותר ולמ״ד סד״ר חיישינן לשאלה משא״כ באוכף דלא מושלי וגם לא שואלים וכדפרש״י לא שיולי אינשי בעל החמור לא היה שואל א״כ יש תרי רובא למעליותא דרובא לא משאלי ורובא אין שואלים והוי כמיעוטא דמיעוטא ולית דחש לה ושיולי שם התואר של שאלה נופל על המשאיל והואל משא״כ מושלי רק נופל על המשאיל כדאיתא בגיטין ע״ז ע״ב תרי מקומות לא מושלי אינשי ומה דלא סגי ליה לש״ס לומר חמור לא מושלי אף דקאי ללישנא דס״ד ה״ט דא״כ תקשי ללישנא דסל״ד דלא סגי במה דלא מושלי דמ״מ אינו ס״מ לכן אמר לא שיולי וא״כ מוכח כהריטב״א וב״י דאם סימנין לאו דאורייתא גם בכלים דלא מושלי חיישינן ואם כן קשה למאי דמשני בכים ואדנקי דלא מושלי תקשי ללישנא סימנים ל״ד ועכצ״ל כמ״ש הב״ש משום דשליח לא אמר שהשאילם וכיון דרובא לא מושלי מהימן ומוכח מהש״ס כמו

שפסק

שפסק בש"ע לחלק בין עגונה במיתת בעלה ובין נמלא גט קשור בכלים דלא מושלי ובב"מ כ"ז ע"ב גרס רש"ל לא שאילי אינשי אוכפא דמשכב לחמרא וב"ח גרס לא משאלי ולפימ"ש גרסת רש"ל עיקר וכדמוכח ביבמות דבאוכף אמר לא שיולי ופרש"י בעל החמור לא היה שואל ורק בכיס וארנקי איתא ביבמות ובב"מ לא משאלי ובאמת קשה למשאיל ולשואל כיון דא"א לצמצם שיהיו שוים החמורים בעביים מתרחב האוכף או מתקצר ומקלקל החמורים מחמת דחק האוכף או מחמת רחבו או קים להו כשמשימין אוכף מחמור זה על חמור אחר מקלקלו.

ובעיקר הקושיא מכאן לסימן קנ"ב י"ל לפימ"ש בבית יעקב כתובות כ"ג דדבר שבערוה ממון ילפינן כמו דל"מ רוב להוציא ממון מחזקתו כן ל"מ בדשב"ע עיי"ש ואם כן א"ך נסמוך ארובא דלא מושלי להכשיר הגט ול"ל לפימ"ש בנה"מ סי' כ"ח סק"ו דקודם גמר הדבר כגון להעיד בהכשרו דגט ל"ד לדשב"ע וכיון דנאמן והוחזק נאמנותו אף שבא אח"כ לדבר שבערוה ולד"כ אין בכך כלום כמ"ש הרמב"ם באיסור שהוחזק בע"א ואף דמ"מ בעינן שני עדים דלאו גילוי מלתא גמור הוא מ"מ ל"ד לדשב"ע ממש רק לאיסורין דאיתחזיק איסורא בעינן שני עדים ומהני עדותן חוץ לב"ד את"ד ול"ע מריש גיטין דפריך אהא דנאמן השליח דכתב לשמה הא איתחזיק איסורא הוי דשב"ע ופרש"י דילפינן דבר דבר מממון ושם מעיד רק מהכשרו דגט שנכתב לשמה אבל לא מעיד שכבר נתגרשה ואפשר לפי"ז י"ל דמש"ה ארכביה אתרי ריכשי דאיתחזיק איסורא הוי דבר שבערוה אף דבדבר שבערוה בעינן שני עדים גם בלא איתחזיק איסורא מ"מ כאן ל"ה ממש דשב"ע רק מחמת דאיתחזיק איסורא ול"ע ומ"מ כאן דשליח תובע שיחזירו לו הגט דמי למ"ש תוספת בפג"ה דל"ו בסד"ה פלגיא אף דסימנים ל"מ להוציא ממון מ"מ מחזירין שטר ע"י סימנים כיון דאין אדם מוחזק בו שיאמר שלי הוא מהדרינן שפיר עיי"ש ועכל"ל אף דאח"כ מוציא ממון בשטר זה מ"מ עתה עדיין ליכא הוצאות ממון והוי רק גילוי מלתא ואם כן ה"כ בסימן קל"ב דתובע הגט אהכי טעמא דכלים הללו לא מושלי אינשי ע"ל הרוב משא"כ הכא דדנין עתה אם מת בעלה הוי ממש דבר שבערוה דזה הוי גמר הדבר ומה דפריך בש"ס אי חל"ם גם במצאו קשור בכיס וארנקי ניחוש לשאלה ומדמי החזרת הגט למיתה כבר כתבתי לעיל משום לחד שינויא בבכורות פדחת סגי מן התורה רק רבנן החמירו ומ"מ אין מעידין על סימני כליו דחיישינן לשאלה אף דמן התורה כבר יצאה מחזקת א"א ואי חשש שאלה רק מיעוט אין לחוש ולכן פריך גם כן מחמור בסימני אוכף אבל למסקנא בבכורות דפדחת לבד מן התורה אין מעידין ואפילו לתירץ דרק חומרא וחשש שאלה הוי ספק גמור מ"מ בכלים דלא מושלי יש רוב ואכן פסקינן כאן לחומרא משום אידך שינויא דפדחת לבד מן התורה לא סגי וגם רוב לא מהני לכן גם בכלים דלא מושלי לא מעידין שו"ר בתו"ג ריש גיטין שפירש מ"ש הש"ס דאיתחזיק הוי שב"ע עיי"ש דלפירושו א"ש מ"ש בבית יעקב ולדבריו שם א"ש גם מה שכתבתי כאן דכיון דסמכינן על הרוב דלא מושלי להחזיר הגט לשליח דהוה רק גילוי מלתא מרוב ילפינן מקרא דאחרי רבים ממלא הוחזק שהגט שלו ויכול אח"כ לגרש בו.

ועיין בכו"ב סמ"ד בהגיה קמ"ע מחופה כסף וארבע ליטרא מעות בהככ"ם והלך לו ואח"כ נמצא אחד נטבע והכירו בו שני סימנים דצורף הוכיח תחלתו ע"ס שהלך לאבד עצמו להסימנים וח"ס בסימן סמך וס"ע. כתב דזה טעות דהא אמרינן בשבועות דף מ"ו דעביד איניש דגזים ולא עביד עיי"ש ול"כ דשא"ה דברע"ב במ"ב פ"ג דנדרים פירש נדרי הבאי גוזמא ושפת יתר והוא בעצמו יודע שלא היה כך ה"כ עביד איניש דגזים היינו דלא גמר בלבו מה שאמר בפיו לעשות משא"כ זה שהניח הקמיע ומעות לאדם חס ובהול על ממונו א"ל דהולך למות ולמה לו א"כ בודאי גמר בלבו לאבד עצמו ובשו"ת רשב"א סימן קפ"א השיב על שאלת השואל אהא דב"ק דף קי"ז בהאי דאמר אחוויכא ואחוויכא דשמטיה ר"כ לקועיה דלמא גזים ולא עביד ואיך יהרג והשיב הרשב"א אפילו אינו רגיל בכך אלו הכרנו בו שהוא רוצה לעשות כההוא דר"כ שהעיז פניו ואמר מחוויכא הרי הוא כאלו ידענו בבירור שיעשה עיי"ש הרי כיון שהעיז פניו אמרינן דודאי גמר בלבו לעשות ולא גזים בפיו לבד וכן בסנהדרין דף מ"א יליף דצריך שיתיר עצמו למיתה מדכתיב יומת המת ופרש"י דמשמע כבר הוא כמת הרי מפני שהתיר עצמו למיתה ודאי יעשה ועומד למות וא"כ ה"כ כיון דודאי גמר בלבו אמרינן הוכיח תחלתו על סופו דהיינו הך.

סימנים בגופו ביבמות אהא דאין מעידין אעפ"י שיש סימנין בגופו פריך למימרא דסל"ד ורמינהו מצאו קשור בכיס ומשני אביי תנאי הוא דפליגי אין מעידין על השומא וקשה נימא לעולם סד"א דעפ"י רוב לא יזדמן סימן כסימן ומהני באבדה דליכא להמוצא חזקה משא"כ בעדות אשה אי מת בעלה דיש חזקת א"א הוי דבר שבערוה וכמו דאין מוציאין ממון מחזקתו ברוב ה"כ מחזקת א"א משא"כ הא דגט דמצאו קשור דכ"מ להחזירו לשליח עדיין אין מוציאין מחזקת א"א והוי רק גילוי מלתא אי גט זה שייך לשליח ואשה זאת ובזה אהני סימנים כמו רוב וכמו שהבאתי לעיל לחלק כן מהנתיבות סימן כ"ח ותו"ג ריש גיטין וא"ל משום דעדיין תקשי לשינויא קמא בבכורות מ"ו ע"ב דהא דאין מעידין על פדחת לבד הוא רק חומרא דרבנן דא"כ איך קאמר דמאן דס"ל מעידין על השומא משום דס"ל סד"א הא סד"א ילפינן מאבדה דכתבה תורה שלמה או דרוש אותו כדאיתא בב"מ ומאי ראיה מאבדה לאשה שהוא בחזקת א"א ואפשר משום דביבמות קט"ז ע"ב מסיק בתיקו אם טעמא דע"א משום דדייקא אי משום דעל"ג והיינו אי משום דדייקא דאלים לנגד חזקת א"א ומרעא לחזקת א"א והוי ספק בלא חזקה לכן נאמן ע"א או דלא מרעא חזקת א"א וע"א נאמן משום דעל"ג וא"כ שפיר רמי מתניתן דאם תחלק בין גט למיתה דבמיתה ל"מ סימנים לאפוקי מחזקת א"א תפשוט דטעמא דע"א לאו משום דדייקא מרעא לחזקת א"א וכה"ג פריך בפרק כילד הרגל דף י"ח ודף י"ט.

ומשני לעולם י"ל דדייקא ומכשבא מרעא לחזקת א"א ותנאי דפליגי אם מעידין על השומא פליגי אי סד"א וא"ל א"כ תפשוט דדייקא מרעא לחזקת א"א מהך מ"ד דמעידין על השומא דיש לדחות דטעמא דת"ק דאין מעידין משום דלא ס"ל דדייקא מרעא החזקה.

ובזה מיושב בב"מ כ"ז ע"ב דאיבעיא אי סד"א ואמר למ"מ להדורי גט אשה בסימנין וכרש"י שאבד מן השליח קודם שנתן לה וקשה הא כ"מ להדורי לאשה עצמה שאומרת שכבר ניתן לה ואבדה וכדאמר התם בסוף הסוגיא וגם בסוף הסוגיא קשה

דא"כ

דא"כ את"ל סימנין דאורייתא וכו' הוא אומר סימני הגט והיא אומרת סימני הגט ינתן לה כשאומרת נקב יש בו בצד אות פלוני והקשה באש"ז הא אי סד"א אל"ל בצד אות פלוני דהוא ס"מ ביותר עוד הקשו פ"מ ונו"ב למה לא אמר כ"מ לעדות אשה ולפמ"ש א"ש דלא פסיקא ליה דאי סד"א אהני גם לעדות אשה על מיתת הבעל דאי לא אמרינן דדייקא מרעא לחזקת א"א אין ראיה לעדות אשה מהחזרת אבדה לכן אמר לאהדורי גט אשה דהיינו לשליח קודם שניתן דאין מוציאין עדיין מחזקת א"א ובסוף הסוגיא לענין להחזיר לאשה עצמה אמר נקב בצד אות פלוני דבסימן בינוני תליא בבעיא אי חזקה דדייקא מרעא לחזקת א"א והא דאמר דמחזירין לה במדת ארכו של חוט כמי הוי ס"מ ביותר כמ"ש באש"ז שם.

וער"ה מאי רומיא מגט על מיתה דבשלמא בגט כיון דאמר סימנים ודאי נפל גט ממנו תו ליכא למיחש שמא גם מאחר אבד גט כזה דנפילה ל"ש דמיזהר זהיר משא"כ אם נמצא אחד מת י"ל בעלה חי וזה הנמצא אחר וכ"כ תוספת בב"מ דף י"ח ע"ב בסד"ה נפק כיון שזה האיש שואל גט וידעינן שאבד גט ואין אנו מכירין אחר אין לחוש שאחר נפל ונפל כמו כן כאן אבל התם אין אנו יודעים איזה יצחק מת ואף דדייקי ונפל כמו כן כאן היינו דקאי התם לאביי ואיהו ס"ל בב"ב דף קע"ז לנפילה דרבים חיישינן דנפילה שכיח אבל לרבא התם גם לנפילה דרבים ל"ח אם כן למה נחוש שגם אחר אבד ולמה אמר רבא ביבמות ובב"מ דף כ"ז ע"ב דתנאי דפליגי בשומא פליגי אי סד"א או דרבנן או דפליגי אם שומא ס"מ ביותר דהמ"ל דכ"ע סד"א באבדה רק להעיד שמת בעלה ל"ד לאבדה ולהכי ס"ל לת"ק דאין מעידין על השומא וגם לר"א דס"ל דמעידין משום דסד"א איך יליף זה מאבדה ובחולין דף ע"ט אומר ש"מ דס"ל סד"א לענין איסור כלאים ופרש"י דילפינן משמלה דגבי אבדה ואיך יליף מאבדה נימא כיון דע"י סימנין נודע דזה אבד בסימן כזה לא חיישינן דגם אחר אבד.

וצ"ל דאם סד"א לאו מסברא הוא ל"מ אי היה סברא פשוטה אם כן קרא ל"ל כדפריך בר"פ שור שנגח את הפרה ובכתובות דף כ"ב אלא גם סברא דאינה פשוטה ע"כ אינה דאל"כ מאי פריך בב"מ ס"ז ע"ב את"ל סל"ד היכא מהדרינן אבדתא בסימנין נימא דסל"ד דליכא קרא מיותר לזה רק סברא הוא וכדאמרינן בשבועות דף כ"ב ע"ב אבע"א סברא אבע"א קרא וכתבו תוספת שם דהיכא דאינה סברא פשוטה אומר כך וס"ל להש"ס אם סד"א דיליף מקרא גזה"כ הוא למסמך אסימנים כמו חזקה דאינה מסברא לאוקים אחזקה קמייתא אף דהרבה פעמים החזקה משתנית וחזקת חי יוכיח דזה כל אדם וכיון דאינה מחמת סברא ל"ש אבדה ל"ש איסור וי"ל דתליא בפלוגתא אי דרשינן טעמא דקרא דאז י"ל טעמא דסימנין באבדה כיון דנודע ע"י הסימן שזה אבד חפץ כזה אין לחוש לאחר שאבד גם כן דמזהיר זהיר ולנפילה ל"ח משא"כ לענין איסור ככלאים או עדות אשה על שזה הנמצא בסימנים הוא בעלה ומה דלא אמר דתנאי דפליגי אין מעידין על השומא פליגי בזה וכן משנה דיבמות דאין מעידין על סימנים משום דס"ל דרשינן ט"ד דלא ניחא לו לומר דרבנן דפליגי אר"א בן מהבאי וסתם משנה דאין מעידין על סימנין ס"ל דדרשינן ט"ד דלא קי"ל כר"ש דס"ל הכי וסתם משנה בב"מ דף קנ"ו ס"ל דלא דרשינן טעמא דקרא ובחידושי לסנהדרין פ"ק דט"ז ע"ב כתבתי דלאומרא דרשינן טעמא דקרא ור"ל ור"י בפ"ב דשבת דף כ"ב ע"א פליגי ולכן לא אמר דכ"מ להעיד על המת בסימנין או לשאר איסור כיון דתליא בפלוגתא יותר ניחא לומר כ"מ אליבא דכ"ע.

אמנם בתוספת ב"מ שם הקשו כפשוט דסד"א מנלאו קשור בכיס עוד תמהו על הרמב"ם דבפי"ג מגז"א כתב דסד"א ובפ"ג מגירושין פסק דבגט ל"ל נקב בצד אות פלוני ועוד פסק דאין מעידין על סימני כליו ולא ביאר דדוקא בחיוורי וסומקי וע"כ משום דחל"ם וכמ"ד סד"א והרי איתא בפ"ק דב"מ דף ח"י הא דל"ל נקב בצד אות פלוני משום דשומא סד"ר ועמדו בזה נושאי כליו וביבמות דף ק"כ רמי מתניתין דאין מעידין על סימני גופו דש"מ סל"ד אהא דתנן מצאו קשור בכיס ומשני אביי כתנאי ורבא לחד לישנא אמר כ"ע סד"ר ותמהו תוס' א"כ הק"ל מנלאו קשור ותרצו די"ל דמיירי במלאו בעלמו ותמהו המפרשים א"כ למה גמרא ואביי אמרי דפליגי מתניתין אך יל"ד מאי רומיא הא מבואר בב"מ פ"ק לענין מלא שטרות דאתרע בנפילה מדלא נזהר לשמרו יש הוכחה דנפקל כדאיתא התם די"ג וכן בב"ב דף קע"ג קי"ל לנפילה ל"ח דלא שכיח דכ"ע שומרין יפה והרי לשאלה אמרו בש"ס דחיישינן ולא אמרו דחיישינן לאבדה א"כ נימא גבי גט אין לחוש דגם אחר אבד גט כזה של יוב"ש דאם זה השליח ע"כ ילא מרוצא דעלמא שלא שמר ואבד למה נחוש עוד לאחר ואין לומר דלא מהימן השליח שאבד הא כתבו הרב"א ור"ן דלא חשדינן לשליח שמשקר ולא אבד כלל רק דאמרינן דאבד ומשום הפסד שכרו או שלא יתרעם מבלחי אומר דגט זה אבד אבל במת הנמצא חיישינן דבעלה לא מת ואיתרמי סימן כסימן ואחר לבד מת ול"ל משום דגם בגט יש לחוש דגם אחר אבד ומשום דהבעל נמלך מלגרש לא נזהר בו לשמרו אך בגיטין דף ח"י אמר רבינא לרבא כתביה ואותביה בכיסתיה דשמא תתפייס מא"ל א"ל רבא לא מקדים איניש פרעונא לנפשיה א"כ לא שכיח לכתוב גט ולהתחרט דאינו כותב רק אם גמר דעתו לגרש מיד וכעין זה כתבו תוספת בפ"ק דב"מ דף י"ט בד"ה וליחוש אך לפימ"ש הרמב"ן בטעמא דלא מקדים משום שיפסיד פירות מזמן כתיבה אף ביתן אה"כ וקי"ל יש לבעל פירות עד שעת נתינה מ"מ תאמר לבעל אייתי ראיה שנמסר אח"ז הכתוב בו ואולי לא ימצא ראיה וא"כ למאי דמסיק רב אשי שם בגיטין דאם לא נמסר ביום הכתיבה קלא אית ליה והאשה צריכה להביא ראיה ומבואר שם ברא"ש דכל גט שלא נמסר בזמן הכתוב בו עידי מסירה מפקי לקלא א"כ לא מפסיד פירות והנה בב"מ שם דרצה לפשוט דסל"ד ממשנה דאין מעידין על סימנין ג"כ קשה נימא לעולם באבדה סד"א דל"ח דגם אחר אבד בסימן כזה דאבדה ל"ש ומפרש לבעה"ת הובא בטוח"מ סימן ס"ה דגם כשגבו בשטר הנמצא מוציאין מידו דיש הוכחה דפסול מדנפל ולא נזהר לשמרו וא"כ י"ל באבדה סד"א דל"ח שגם מאחר נפל כזה אבל זה שלפנינו ואומר סימן ע"כ אבד דאל"כ מנא ידע הסימן ומן התורה ל"ח לרמאי כמ"ש תוספת בפ"ב דב"מ דף כ"ב ע"ב ד"ה אי דליכא דל"ח שמשקר שאבד רק שמא גם אחר אבד אמנם לפימ"ש הרא"ש בפ"ק דב"מ גבי מלא בחפיסה דל"ל מדנפל פסול כיון דיש בו סימן וביארו הפני' שם וקצוה"ח סימן ס"ה כיון דיש בו סימן לא נזהר ושמך על הסימן א"כ באבדה ל"ל נפילה לא שכיח כיון

דיש

דים לו סימן ונ״ל סד״א דא״כ שכיח כפילה וילא משפט מעוקל דאפשר גם אחר אבד וגם אם סל״ד מ״מ סימן מובהק לכ״ע מהני ובכ״מ שיש סימן יש לחוש שיש לבעלים בו סימן מובהק כמ״ש בחס״ו לענין דלא נתייאשו הבעלים אם סל״ד אבל בגט נ״ל דג״כ סמך אסימן דהכותב גט לגרש רולה לגרש מיד ולא מקדים פרעכותא ואיך יסמוך על סימן אטו תיכף יוודע לו מי מלאו וע״כ א״ש דאכן לא ס״ל לא מקדים פרענות לנכסשיה וכמ״ש וגם בגט י״ל דלא כזהר לשמרו מחמת שנתחרט מלגרש ע״כ רמי מתניתין אהדדי ולרבא לא קשה.

אמנם לדרכינו נאמר לתרץ הקושיא באו״א מה דרמי מגט למציאה דהכא מה דל״א באבדה לנמאי י״ל משום דרוב ישראל בחז״כ וזה שאנו דכין עליו אמרינן מרובא הוא אך אם נפילה ל״ש דרובא כזהרים ואין מאבדים א״כ נאמר אחר אבד חפץ זה וזה רמאי מה תאמר דמרובא כשרים זה שאנו דכין עליו אימר להיפך זה מרובא שאינם שוטים ושוורים כראוי וזה נכלל בהבעיא אם נאמר נפילה ל״ש גם בדבר שיש בו סימן ואף דל״ש בזה כנכ״ה וחזקה כל מה שתח״י אדם הוא שלו אדרבה נאמר דזה מרובא דלא מאבדים או אם נפילה כה״ג שכיח ויש לחוש שגם אחר אבד ומ״מ סל״ד רק אי לא חיישינן שיזדמן עוד סימן כסימן אזי כיון דאמרינן דתובע זה מרובא דלאו רמאים מהדרינן לו וקד״א ושפיר פשיט מעידי מיתה דחיישינן שיתרמי סימן כסימן ממילא סל״ד ממ״כ וא״ש סוגיא דיבמות דבגט קשור בכיס י״ל נפילה ל״ש ונ״ל השם רמאי דלמה לו הגט דאינו חשוד לשקר רק אם אבד גט ויפסל שכרו או משלחו יתרעם עליו כמ״ש רשב״א ור״ן וכ״ז לרבא דס״ל בב״ב קע״ג דגם נפילה דרבים ל״ש אבל אביי דס״ל התם דחיישינן לנפילה דרבים שפיר רמי אך גם לרבא כימא דנמלך מלגרש וע״כ לא שמרו ואף דס״ל לרבא לא מקדים איכש פרעונתיה י״ל היינו לכתוב על ספק א״ל תתפייס אבל יש לחוש שגמר בדעתו לגרש רק אח״כ נשתנה דעתו ומהפלגת ריעים וכמה שבות אך גבי מלא בחפיסה כתב בעה״ת והאשוכים דל״ל לפסול מדכפל ולא כזהר בו דהרי הלכיעו בחפיסה דכך שמירה ועוד דהחפיסה ה״ל לשמור וא״כ כיון דהגט קשור בכלים י״ל נפילה ל״ש ושפיר קאמר סל״ד באבדה משום ממ״כ אבל בסימן בגט לבד י״ל נתחרט מלגרש ונפילה שכיח גם זולת השם רמאי במא מאחר כפל לכן הלריך הרמב״ם שיאמר נקב בלד אות פלוני ותפקק שימנים דכין עליהם ד״ת אחר שסקדים דלריך עדים שאינו רמאי ושפיר י״ל נפילה ל״ש אבל במלא סימן במת י״ל דאיתרמי סימן כסימן וסוגיא דב״מ אי סד״א היינו לפי ד״ת דא״ל עדים שהוא רמאי וכמ״ש הלאב״ד שבאס״ז וע״כ משום דל״א שיזדמן סימן כסימן א״כ מהדרינן גט אשה בסימן גם כשאינו קשור בכלים ורב אבי מקפ״ל אי סד״א בלא עדים שאינו רמאי דהבעיא באופן זה כמלא דרמב״ם לא ביאר לנו אי סד״א בלא עדים שאינו רמאי וכן מוכח מסדר לשונו שם בפי״ג מגו״א דתחלה כתב כ״פ דמחזירין בסימנין ולא ביאר אם מן התורה רק אחר שכתב דעכשיו התקינו שלריך עדים שאינו רמאי כתב תיכף דסימנין דכין עליהן ד״ת כמלא מיושב קושית התוסי׳ בב״מ דכפשוט דסד״א ממלאו קשור די״ל שאה״ה דל״א שגם מאחר כפל דכפילה ל״ש רק בגוף הגט י״ל דנפסל ולכן לא כזהר בו כשהגט לבד נמלא.

ובקיצור י״ל דרמב״ם ס״ל סל״ד כשאינו מבורר שאינו רמאי לפימ״ש בפ״ז מה״ג דאין משיאין אשה בסימני כליו משום דהחמירו באיסור ערוה וקשה מאי קאמר בב״מ מדאין מעידין על סימני גופו וכליו ש״מ סל״ד כימא דהחמירו בלאו דערוה ונ״ל דיזדמן סימן כסימן ע״ל המיעוט הוא וסמוך מיעוטא לחזקת א״א אף דבעגונה לא ה״ל למיזל לחומרא כיון דהא דסמוך מיעוטא רק חומרא דרבנן עיין בבכורות דף כ״ף ובתוספת פ״ק דחולין דף י״א בד״ה תלא ומהרש״א מ״מ משום איסור ערוה החמירו בתחלת עדות כדאיתא בבכורות מ״ו ע״ב אך באבדה כשאינו מבורר דלאו רמאי הוא יש תרי מיעוטי מיעוט רמאין ומיעוט סימן כסימן ותרי מיעוטא כפלגא ומבעיא אי סד״א דעדיף מרוב ולא הוי לאצטרופי לפורתא רמאין ושפיר פשיט ממתני׳ דאין מעידין ע״כ משום דיזדמן סימן כסימן וסמוך לחזקת א״א ובכו״ב סימן ל״א הקשה לרמב״ם דסל״ד הא בפרק או״ב דע״ט עבד ר״א מעשה לענין כלאים דס״ל סד״א. ומעשה רב ותירץ דלא נסתפקו אי סד״א רק נגד חזקה אלא דהקשה הא באבדה ליכא חזקה להמוצא כמ״ש תוס׳ בכתובות ספ״א דף ט״ו ע״ב בד״ה להחזיר עיי״ש ולפימ״ש א״ש.

הג״ה קטן או ארוך בב״מ כ״ז ע״ב אין מעידין על השומא פרש״י שומא באבר פלוני וביבמות ק״כ לא כתב רש״י כלל ועמד בזה בזבד טוב ס״ק פ״ח וכ״ל דבפסקי מהרי״ב סימן קס״א כתב הא דמוקי הש״ס משנה דאין מעידין על סימני גופו בארוך וגוץ ע״כ ודאי מיירי במופלג קלת באריכות דאל״כ פשיטא וכ״כ בנו״ב קמא סימן כ״א בסד״ה וכבוא דמיירי בארוך ביותר וגוץ ביותר דאל״כ אל״ל וכ״כ בכוב״ת סימן סמך ויותר מזה כתב מ״ק סימן ס״א דארוך יותר מן הראוי ומורגל וכן גוץ וקמ״ל אפ״ה ל״ה סימן דהרבה ב״א כן הוא עיי״ש ובפ״ת ס״ק ק״ה הרי אף דברוב בני אדם אינו כן מ״מ כיון דמיעוט המלוי הוא ל״ה סימן כלל וא״כ איך ס״ל להש״ס דשומא הוי סימן ופליגי ת״ק ורשב״ג אם סד״א כהי דשומא אינו רגילות ברוב ב״א מ״מ עיניכו רואות דמיעוט המלוי הוא לכן פרש״י דאומרים שומא באבר פלוני כיון דמייחדי האבר עדיף וזה דוקא בב״מ אחר דאוקים הש״ס הא דתכן דאין מעידין על סימני גופו בארוך וגוץ אבל ביבמות דכשהביא אביי ברייתא דפליגי בשומא לתרץ רומיא דמתניתין לא ידע מהא דארוך וגוץ ל״ה סימן כלל והוי ס״ד דארוך וגוץ ג״כ הוי סימן אמלעי כיון דארוך וגוץ יותר מהמורגל א״כ ה״נ י״ל בשומא אף דלא מיחדי האבר מ״מ אינו ברוב בני אדם.

ובשו״ת גא״ב שאלה כ״ה כתב אם רוב בני אדם אין להם סימן זה הוי סימן מובהק כיון דקי״ל דאזלינן בתר רובא דליתא קמן כמ״ש תוספת בפי׳ לא יחפור דף כ״ד בד״ה וש״מ וכן מוכח מדאמר ביבמות ובב״מ דפליגי בשומא אי הוה ס״מ דפליגי אי מלוי בבן גילו דהל״ל שפליגי מאחר שנמלא שומא לפעמים גבי בני אדם א״ו כיון דלא נמלא אלל הרוב אין לחוש עיי״ש ול״ע הא לליסנא דפליגי אם מלויה בב״ג לא פליגי רק אם הוא סימן אמלעי וכ״ע סד״א אבל לא שיחשב ס״מ מחמת הרוב.

ובחן טוב ס״ק פ״ט השיג על גא״ב דבשלמא בעלמא אזלינן בתר רובא לומר שדבר זה שאנו דכין עליו הוא מן הרוב משא״כ האי גברא דא״ת

דאית ביה סימן דליתא ברובא דעלמא הא קמן דממעוטא הוא הא למה זה דומה לעשרה בני אדם שיש בשנים מהם סימן שוה ואחד מן השנים נמלא מת דל"מ אפילו בסי"מ ביותר כיון דודאי מת זה אחד מהשנים הוא את"ד וכ"ל דאינו דומה דודאי אם איתחזיק שנים בסימן שוה והספק איזה מהן מת שפיר קאמר אבל דברי גא"ב דלא איתחזיק לפנינו עוד אדם באותו סימן שיש עליו ספק אם הוא המת אמרינן כיון דבעלה ודאי יש בו סימן זה והוא איתרמי מן המועט ולא איתחזיק אחר לא חיישינן דאיתרמי עוד אחר שילא מן הרוב וכמ"ש בחת"ס א"ע ח"ב סימן קמ"ז דלפי המסקנא דהלל"מ ליזל בתר רובא דליתא קמן עדיף מרובא דאיתא קמן דהמיעוט ג"כ איתא קמן ואפשר שיזדמן מן המיעוט המוחזק לפנינו והוה ספק רק גזה"כ ליזל בתר רובא אבל רובא דליתא קמן ליכא שום חזקת איסור דאפשר כל הקטנים בדור הזה אין שום אחד סרים ואין כאן אפילו ספק וסברא זו בהר"ן פ"ק דבילה גבי קפלא מארעא את"ד.

ועוד דבעלה נאבד זכרו ואשה דייקא ולא שכיח שילך א"ב מביתו ע"ד לשוב והוא בחיים ולא ישוב לביתו זו אשתו רק לעוונות זה יש רובא דעלמא לפימ"ש הפנ"י בפ"ק דכתובות דף י"ב ע"ב הא דלא מהדרינן אבדה בלא סימנין מחזקת בו"ם משום די"ל מרובא דעלמא נפל לא ממנו עיי"ם וה"נ זה הנמלא מת י"ל מרובא דעלמא הוא ולא בעלה אבל אם יש בו סימן דאינו ברובא דעלמא אין לחוש רק למיעוטא דיש בהו ג"כ האי סימן תלינן יותר בבעלה דאלו היה חי היה שב לביתו או נודע ממנו היכן הוא אחר דוקא דאשתו דרובא דאינשי אין נאבדין בחייהם וגם בחמ"ח ס"ק מ"ד כתב מה שלא נמלא כן לרוב העולם הוי סימן מובהק.

אך לפימ"ש לעיל דארוך וגוץ היינו בהפלגה דאינו מלוי ברובא דעלמא ומ"מ אפילו סימן אמלעי לא הוה מוכח דלא כגא"ב וכ"ל דס"ל לליסנא דא"כ דכ"ע סל"ד ופליגי אי שומא סימן מובהק עכל"ל אם רוב ב"א לית בהו האי סימן חשוב ס"מ ות"ק דס"ל אין מעידין על השומא משום דס"ל דמלויה בבן גילו כמ"ש גא"ב שם ולהאי ליבנא דסימנין דרבנן לא ל"ל הא דתנן אין מעידין על סימני גופו היינו בארוך וגוץ וי"ל דארוך וגוץ בהפלגה כמי הוי סימן מובהק וכמ"ש בנוב"ת סימן סמ"ך.

ובנו"ב בתק"ע סימן מ"ג השיג על חכ"א דר"ל כסברת הפנ"י דשייך בזה לומר דמרובא דעלמא זה הנמלא מת וכתב הנו"ב דאטו זה הנטבע אינו מרובא דעלמא ולמה נימא שהוא אחר ולא הוא ועכ"פ אין הספק אלא בינו לאחר ולדבריו הא דבעי רבא בפסחים דף יו"ד ע"ב עכבר נכנס וככר בפיו ועכבר יולא וככר בפיו מי נימא היינו האי דעל כימא דודאי אינו רק כל דפרים מרובא פרים את"ד ואין זה מכריע די"ל משום דאומדנא הוא דהיינו האי דעל ואין ספק מוליא מידי ודאי וכ"כ במראה הפנים בפרק לא יחפור בהלכה וא"ו סד"ה הדא דבאומדנא דמוכח לא אזלינן אחר הרוב כמו בגמל אוחר בין הגמלים ונמלא הרוג בלידו דאי לאו דאפוקי ממוכח הוא כ"ע מודים דניזל בתר אומדנא עיי"ם לכן בעי רבא אם בעכבר נכנס וככר בפיו ועכבר יולא וככר בפיו אם אומדנא דמוכח הוא לומר היינו האי דעל וא"ל על הנו"ב הא גם בתשע חניות אין הספק רק אם הבשר מחניות אחת הכשרה או הטרפה דשאני איסור והיתר דמבטלין זה את זה וכמ"ש כה"ג.

בתוס' רי"ד בפ' לא יחפור דף כ"ג ע"ב בד"ה מותיב ר"ז והיה העיר הקרובה אל החלל ואע"ג דאיכא אחריתי דכפים מינה פירש אם היו עשר עיירות הקבילות החלל אמרה תורה הקרובה מביאה שמשם ילא הרולח אע"ג דאיכא באותן עיירות עיר גדולה ממנה ומתרץ בדליכא פירש שכל העיירות שוות וא"ת עדיין קשה הא בעשר חניות ותשע מוכרת בשר שחוטה ואחת נבלה דכמלא הלך אחר הרוב אע"ג דנמלא קרוב לחנות נבלה אין זו קושיא דאין התשעה עיירות דומות להחניות שהן מבטלות האחת של נבלה דהתם נולד ספק בבשר שלא ידענו אם היא שחוטה או נבלה ולהתיר הבשר באכילה יש תשע ביאות המתירות אותה וביאה אחת האוסרת אותו הלכך אזלינן בתר רובא ודכוותיה בעגלה ערופה אלו היו תשע עיירות של ישראל ואחת של גוים היינו אומר מהתשע של ישראל בא הרולח ואעפ"י שהעיר של גוים קרובה יותר והיינו לריכין למדוד איזה מהתשע של ישראל קרובה אבל הכא דכולהי ישראל נינהו וכל עיר ועיר עומדת בפני עלמה ואין לומר שבא הרולח אלא מעיר אחת ומאותה עיר שבא לריך להביא ע"ע ולכל עיר ועיר יש ביאה אחת או מזו בא או מזו בא ואין ביאת עיר זו מסייעת לזו וכיון שכל אחת עומדת בפ"ע דין הוא שנלך אחר הקרובה ודכוותיה נמי גבי חניות אלו היה לריך להשיב האבדה ולא ידענו מהיכן ילא זה הבשר אם היו כולן שוות היינו הולכים אחר הקרוב את"ד וסברת התוס' רי"ד כמ"ש הנו"ב דאין הספק אלא בינו לאחר ומ"מ נראה דדוקא מחנות שכל עיר וחנות עומדת בפ"ע וכולם שוים באיכות איסור או היתר וחיוב ופטור משא"כ כשאנו דנין זה הנמלא מת אם הוא בעל אשה זאת והותרה אם מאחרים הוא ולא הותרה בזה כל אחד מהרבים מסייע לחברו לאסרה וגם אין כל אחד עומד בפ"ע בעיר מיוחד דהרבה עוברי דרכים במקום זה או אפשר זה הנמלא מת מעיר גדולה הרבה מן מקום שבעלה יצא ממנה או אפילו ממקום שילא בעלה אם לא בדקו אותו מקום אם לא נחסר עוד אחר והרבה אנשים יולאים משם ובחידושי רשב"א שבחס"ז שם ומשמע בעשר שובכות שוות ונמלא ניפול אחת קרוב לשובך אחד או לשנים אזלינן בתר הרוב כיון דהשמונה שובכות כפישי מהשנים וחולק על התוס' רי"ד דס"ל בשובכות כה"ג לא אזלינן בתר הרוב עיי"ם בתוס' רי"ד בד"ה תנן והרי בשובכות אין הספק רק אם משובך זה או מאחר ומ"מ ס"ל לרשב"א דתלינן ברוב יותר מבקרוב וה"ע דכל אחת מסייעות לומר דשל ממלאו הוא וא"ל להחזיר לשובך הקרוב משום דבנפל מפלגא הוי יתום ובנפל מאחד ומשנים לא הוי יתום וכדאיתא בירושלמי התם ובבבלי בפ' א"מ או בשמאר השובכים של הפקר או גוים לכן מתנגד הרוב להקרוב באיכות חיוב ואזלינן בתר רוב וה"נ בנמלא אחד מת דאם בעלה הוא הותרה להנשא ואם מן הרבים הוא אסורה הרי מתנגד הרוב להמיעוט ואזלינן בתר רובא דהא אמר רחמנא אחר רבים להטות כשיש ניגוד בין הרוב למיעוט בענין איסור והיתר או חיוב ופטור וטומאה וטהרה וגם התוס' רי"ד דייק בגמ"ש בחניות לענין אבדה אלו היה לריך להשיב אבדה אז לא היה הרוב עדיף מהקרוב משום דבין כך ובין כך לריך להשיב האבדה אין

אין כ"מ להמוציא לענין חיוב ופטור לכן אין החנויות מסייעות זה לזה כלל לגרע כח החנות הקבועה משא"כ לענין היתר האשה דאין לה היתר רק אם בעלה מת אבל אם אחר הוא אסורה א"כ י"ל יותר שמא ראובן או שמעון או לוי וכו' דעל כל אחד שתאמר שהוא המת אסורה א"כ הרוב מסייע זה לזה לאסרה ולענין האבדה והחנויות כשצריך המוציא להביא דאין כ"מ לו מאיזה חנות נפל צ"ל דהתשעה חנויות מגרעים כח חנות הקבועה. דהא אם תאמר מחנות אחת מהתשעה הרחוקות נפל הרי הוא שלה ואין לשאר החנויות כלום אין התשעה חנויות מסייעות זו לזה כלל אלא כל אחת בפני עצמה ומנגדת לחנות הקבועה לכן אזלינן בתר הקבוע ולא בתר הרוב ולפ"ז סברת הפנ"י הנ"ל במחלוקת תוס' רי"ד והשב"א תלויה אבל כאן לענין האשה לכ"ע יש לומר מהרוב הוא דלא כהכו"ב ועכצ"ל דאין ראיה מהא דעכבר וכמ"ש וכ"כ בהשגות הראב"ד שעל הרז"ה בפ"ק דפסחים דידים מוכיחות שזה דעל כפק.

ועוד בעל הבעיא דפסחים הוא רבא והוא ס"ל בב"ב דף קע"ג גם לכפילה דרבים ל"ח דכ"ע זהירין לשמור שטריהם מהעכברים ואם דחזינן דככר זה דעל העכבר ממי שלא נזהר מ"מ אין לחוש דגם אחר אינו נזהר ועתוס' בפרק לא יחפור כ"ג ע"ב בד"ה ודאי מהאי נפל וכ"כ בחידושי הרשב"א שבאס"ז שם בד"ה תנן דלרובא דעלמא ל"ח דנפל מהם דאין בני אדם בוטים שלא להשגיח על מה שבידם עיי"ש ובזה מתורץ קושית התוס' בפסחים שם בד"ה מי אמרינן והא דמספ"ל לרבא דלמא אמרינן י"ל משום דס"ל בידיה לבטל ולבדוק או כיון דודאי על עכבר עם ככר והוחזק חמץ בבית ונתחייב לבטל ולבדוק והספק אם יצא היינו אם נעשה מעשה המכשיר לא סמכינן ארובא כמ"ש בחוו"ד בבית הספק ס"ק כ"ז.

ובשו"ת הרי"ס בתק"ע סט"ז תמה על הפנ"י מפי"כ דף קל"ה גבי זה אחי א"כ דבעי למידק דבו"ש לאו ברי עדיף ודלמא משום דהוה כנגד רוב שאינם אחים עיי"ש וכ"ל דהא מבואר ברמב"ם פ"ד מנחלות הלכה ל"א דקרוב או אשה נאמנין לומר זה פלוני אחי פלוני שזה דבר העשוי להגלות הוא ואפשר לידע אמתת הדבר שלא תפיהן כענין שביארנו בסוף ה"ג ושם כתב שדבר רחוק הוא שיעיד בו העד בשקר וא"כ הא דלא מהימן לומר זה אחי ע"כ משום דלענין ממון לא סמכינן אמלתא דעל"ג וכדאיתא בחו"מ ס"ס למ"ד וכן מבואר להדיא בריב"ש סימן קפ"ב וכיון דרחוק הוא שיעיד בזה בשקר רובא דאינשי אין משקרין עומד כנגד הרוב דלאו אחים.

והרי"ם שם כתב דשאני מעיד כנגד חזקה דאף לדברי העד מעיד כנגד חזקה שהיה מוחזק מקודם משא"כ באבדה שאחר אבד וכן בהכרה של המת שאחד הוא בעלה דהוה קבוע לפי דברי העד שמכירו עיי"ש ולא נ"ל כלל דהא אנו דנין על שעה שנפל האבדה ובעל האבדה גופו לא ידע ואז פריש ומרובא פריש וכן במת בשעה שמת או נהרג דנשתנה חשוב פירש כמ"ש מהרי"ל סימן קס"ט דעל כל אחד שנשמע אמרינן מרובא פריש והגש"ד ורש"ל הובאו בבינת אדם שער הקבוע סימן יו"ד אך הא דס"כ לומר זה אחי ודייק הש"ס דבו"ש לאו ברי עדיף שפיר י"ל משום קבוע כמע"ת לפמ"ש תוספת בפ"ק דכתובות דף ט"ו בד"ה דלמא דלגבי אדם ל"ש לומר כל דפריש מרובא פריש משום דהדר לניחותיה.

לרושם הח"מ כתב דשיעור אורך הצלקת הוי ס"מ ומה"ל כתב דמדברי הרא"ש פא"מ ס"ד ולקמן סימן קכ"ג מבואר דמדת אורך הגט ל"ה ס"מ הובא בפ"ת והנה הרא"ש הפ"ג שם על הרי"ף דכתב דדוקא בכתבה סימן נקב בגד אות פלוני ינתן לה דא"ל ס"מ משום דבלא"ה איכא מעיזה וראיה מדאמר דהיא אומרת בחפיסה לא ינתן לה דמידע ידעה דמה דאית ליה מניחו בחפיסה והא בלאו זה נמי חפיסה אינו ס"מ דדרך העולם ליתן בכלי עיי"ש ומדת ארכו נמי לאו ס"מ וכשהיא אומרת מדת אורך החוט ינתן לה את"ד אמנם הרי"ף דכתב דדוקא נקב בגד אות פלוני לא ס"ל הכי וכ"ד ריא"ז בס"ג וכמ"ש שם ובחידושי הר"ן ג"כ כתב דמדת ארכו ס"מ ומהכי אפילו אם קל"ד ול"ל לדדהו מה דאמר הש"ס בחפיסה דמידע ידעה משום דרבא מספ"ל אי סד"א לכן פסיק ואמר הן אם סד"א הן אם קל"ד דבנקב בגד אות פלוני ינתן לה אף אי קל"ד וכן במדת אורך החוט אבל בחפיסה לא ינתן לה אפילו אם סד"א ולית בה ספיקא משום דמידע ידועה ועוד דכ"מ לענין גוף החפיסה דבאבדה לענין ממון מועיל סימן אמצעי אפילו אי קל"ד וכיון דדעת הרי"ף וריא"ז ור"ן וכמ"ש דמדת אורך הוי ס"מ וגוף הדין אם סד"א הוי ספק א"כ הוי ס"ס שמא סימן אורך הוי ס"מ כרוב אלו הפוסקים ואת"ל כהרא"ש מ"מ שמא סד"א וסגי בסימן אמצעי ומשום חזקת איסור א"א לא ישתנה הדין וגם אשה דייקא מרעא לחזקה איסור א"א.

כתב בעל העיטור באות קוף ומסתברא דליכא סימן מובהק אחריני בגופו אלא הכרת פנים דהא קי"ל סד"ר והאי סיכויא דמשני גופו דארוך וגוץ אליבא דמ"ד סד"א הוא ודחייתא הוא ולא סמכינן בשום סימן אחר אלא על פ"פ עם החוטם והקשה ב"י הא הוא עצמו כתב במאמר עשירי גבי המביא גט דנקב בגד אות פלוני דהוי ס"מ מועיל וכ"ל דס"ל ס"מ כמו דנמצא בזה באפשרי להמצא גם באחר רק הוא ע"ל המועט ורוב ל"מ באיסור משום חזקת א"א וסמוך מיעוט לחזקה או כמ"ש בתו"ג ר"ס גיטין ובבית יעקב הבאתים לעיל דרוב ל"מ אך קי"ל כפילה אפילו דרבים ל"ש וכהי דזה השליח אבד בודאי דהא אומר ס"מ למה נחוש שגם אחר אבד ויצא מרובא דזהירי ואין אובדין והוי תרי רובא או כהי דבס"מ הוי רוב דלא ימצא רק ע"ל המיעוט עוד בסימן כזה לעומתו י"ל דזה הנמצא מרובא דעלמא פריש רק בגט ל"ל מרובא דעלמא כאבד דרוב אין אובדין לכן מהכי ס"מ משא"כ במת הנמצא ומה דפריך הש"ס ביבמות משנה דיבמות על משנה דמצאו קשור ואביי משני תנאי הוא משום דאביי ס"ל בב"ב דף קע"ג דחיישינן לכפילה דרבים ולכן לרבא דס"ל התם לכפילה ל"ח לא קשיא לליסנא דאמר רבא דכ"ע סד"ר ממצאו קשור כמו שהקשו תוס' שם וזה הוכחה לסברת בעה"ע והא דמעידין על פ"פ עם החוטם היינו בטב"ע וכן הא דאמר ביבמות דף קט"ו ע"ב דמיירי סימנים היינו בטב"ע כמ"ש תוס' שם והא דמצאו קשור בכיס משום דהוה ס"מ כמ"ש תוס' שם דף ק"כ בסד"ה אמר רבא ועיין לקו"ע סימן רפ"ו ותלי"ת כיונתי לדעתו של מהרא"כ"ח.

ולפמ"ש תוס' בב"מ דף כ"ז ע"ב בד"ה מצאו קשור דהוה תלי למדפי רומיא דרמי ביבמות ומשנה דאין מעידין על משנה דמצאו קשור דמיירי במצאו בעלמא עיי"ש ה"כ י"ל חילוק אחר ובאמת הוה

הוה מלי למדחי והייכו כהי דסימן מובהק הוי אומדכא או מכח רוב דלא שכיח סימן כהאי מ״מ באיסור א״א לא מהכי כמו אם בא לאפוקי ממוכא עיין בב״ב דף ל״ג ע״א דל״מ אומדכא או רובא או חזקה ה״כ בשב״ע כמ״ש בית יעקב בפ״ב דכתובות דף כ״ג דילפינן ממזון אך בשליח המוציא גט ואמו דכין אם זה הגט כשר לגרש בו אשה זאת הוי רק גילוי מלתא דזה איכו בגמר הדבר וכמ״ש בתו״ג ריש גיטין ובנה״מ סימן כ״ח סעיף י״ב סק״ז דכה״ג איכו כדיכי ממוכת רק כשאר איסור דאיתחזיק איסורא דע״א א״כ מ״מ הוי רק כשאר איסור עיי״ש ולכן מהכי בו ס״מ ואף דקרא לא קאמר דליהדר אבדה בסימן כלל מ״מ מכח אומדכא או מכח רוב מהכי מסה״כ מת הגמלא דהכו דכין אם הוא בעלה הרי רולין להתירה מיד והוי דבר בערוה וכיון דסימנין לאו דאורייתא גם סימן מובהק לא מועיל ואה״כ דהש״ס היה יכול למדחי בזה רווחא דרמי דכ״ע קד״ר ובמלאו קשור בגט מהכי ס״מ ומשא״כ הא דאין מעידין אפילו יש סימנין בגופו כיון דבמת ל״מ רוב או אומדנא ולכן לליסנא דא״ר סד״ר לא ק״ל מהא דמלאו קשור אך אביי לפי דעתו דתנאי דפליגי בסומא אי סד״א אי סל״ד להכי מתרץ כהנאי והא דאמר רבא לבקוף דכ״ע סד״ר והכא בסומא ס״מ קמפלגי ות״ק סבר סומא לאו ס״מ היינו כמו מה״ט דלא הוה דבר ברור ומובהק רק אומדנא או רוב דהא לאותו לבון אין החסרון מלד דעשוי להשתכות או דמלויה בבן גילו הרי אף דאינו עשוי להשתכות ואינה מלויה מ״מ לאו ס״מ א״כ ה״נ שאר סימנין שבגופו והייכו דקאמר בעה״ע דהא קי״ל סד״ר ואפילו סומא לאו ס״מ הוא.

עוד ככאה דיל״ע איך ילפינן מקרא דשמלה או מדרוש אחיך בב״מ דסימנים בינונים דאורייתא דלמא קרא אתי לס״מ ול״ל דלזה ל״ל קרא דסברא הוא כיון דלא יזדמן סימן כזה רק ע״ל המיעוט ולפ״ז קשה איך יתכן לומר דבעדות אשה גם ס״מ ל״מ אי סל״ד לפ״ד בעל העיטור וכמשמעות המשנה דאין מעידין רק על פ״פ עם החוטם אעפ״י שיש סימנין בגופו ובכליו דמשמע כל מיכי סימנים ל״מ והא דמוקי לליסנא דרבא דסד״א בגופו גוץ או ארוך דחייתא הוא רק לליסנא דסד״א כמ״ש בעל העיטור ואם משום חומרא דא״א וכמ״ש לל״ק בבכורות דף מ״ו לענין פדחת א״כ גם אם סד״א כחמיר ול״ל כמ״ש תוס׳ בזבחים דף ע״ד בד״ה רב דהא לריך קרא דמוס בס הוא דלא יקלו הא ע״ת יקלו הייכו לחד בחד דלחד בתרי בלא״ה ברובא בטיל והש״ס מייתי לקרא לענין חד בתרי משום דכיון דכ״כ התיר הכתוב אין ראוי לחכמים להחמיר לגבוה עיי״ש ה״כ ודאי קרא אתי לסימנים בינונים דלס״מ ל״ל קרא דרובא לא יזדמן הכי אלא אי סד״א אפילו בסימנים בינונים אין ראוי להחמיר לענין א״א עכ״פ בס״מ משא״כ אי סל״ד יכולין להחמיר גם בס״מ ולכן כדרמי ביבמות משנה דאין מעידין על משנה דמלאו קשור לא מהכי דמלאו קשור הייכו ס״מ כמ״ש תוס׳ לרבא לליסנא דסל״ד משום דמשנה לב״ש ולאביי אפילו יש בו סימנין בגופו כל מיכי סימנין אפילו מובהקין ביותר וע״כ משום דסימנין בינונים ל״ד החמירו בא״א גם בס״מ ומהכי אביי דתנאי הוא דפליגי אי מעידין על הסומא דלכ״ע אין עשוי להשתכות ואין מלוי בב״ג והל״ל דס״מ הוא רק ת״ק ס״ל סד״ר בסימן בינוני ולהכי החמירו בא״א גם בס״מ אבל רבא לליסנא דכ״ע סד״ר ופליגי בסומא אי ס״מ הוא אף דלא עשוי להשתכות ואיכו מלוי בב״ג ומ״מ כהי דרובא לא איתרומי הכי מ״מ בזה יש שתי חזקות חזקת א״א וחזקת חי דכתב הריב״ש בסימן שע״ט ופנ״י בקו״א לכתובות שהן כרוב א״כ מה״ט לאו ס״מ הוא דזה בעלה ורבא לשיטתו דס״ל בעירובין דף ל״ו דתרי חזקה אף דחדא באידך תליא מ״מ חשוב יותר לודאי מחדא חזקה משא״כ במלאו קשור בכיס דמיירי בס״מ כמ״ש תוס׳ ביבמות שם דהתם ליכא רק חדא חזקה ועוד דרבא ס״ל ביבמות קי״ט דסמוך מיעוטא לחזקה אלא דהתם דכין אם כבר כשתכה החזקה משא״כ בהחזרת גט דעדיין לא כתגרשה אפילו הוא גט ומבעלה ואין לסייע המיעוט מן החזקה יש לילך בתר הרוב להחזיר הגט לשליח וכיון דכבר איתחזיק הרוב לודאי דזה הגט שלו אף דמגרשין בו א״כ שפיר דמי וכמ״ש כה״ג בתו״ג ריש גיטין ובשאר אחרונים בש״ס שמעתתא ד׳ פ״ט לכן לרבא לשיטתו אין מוכרח דבאיסור א״א החמירו רק בעדות מיתה משום דיש שתי חזקות ומשום סמוך מיעוטא לחזקה משא״כ לסלקא דעתיה דש״ס בעירובין דף ל״ו דל״ש שתי חזקות ומחדא היכי דחדא תליא באידך וכן לס״ד דש״ס ביבמות דף קי״ט דלא ס״ל סמוך מיעוטו לחזקה ליכא לחלק בין עידי מיתה לאבדת גט מהשליח ואכן דקי״ל כרבא שפיר מחלק הבעל עיטור דהא כתב במרדכי שלהי חולין דל״ח מיעוטי דמיעוטא אלא בתרי עכייכי דומיא דגביכות בית אוכייקי דר״פ אין מעמידין דשאר בהמות לגמרי אין כשחטות לע״ז כי אם עגלים ועגלים כמי רובן אין כשחטות לע״ז אבל אם היו כשחטין שאר בהמות לע״ז אפילו אחד מכי אלף ל״ה אלא חד מיעוט עיי״ש ולכן ה״כ בסימן מובהק כיון דאיתרמי בבעלה אפשר יזדמן גם באחר אחד מני אלף לכן חשוב מיעוט וסמוך לחזקה ע״כ ס״ל לת״ק דסומא דל״ה ס״מ ולאב״מ ס״ל דהוה ס״מ דל״ח למיעוט כזה ובאר פוסקים דס״מ מועיל גם בעדות מיתה ל״ל דס״ל כהתוס׳ בריש גיטין בד״ה קהס קפרי דדייכי מיגמר גמירי דכתבו דהוי כמיעוטא דמיעוטא דל״ח אפילו לר״מ הכי אף דאיכו מתרי עכייכי ה״כ בס״מ ל״ח מיעוטי לסמוך לרוב וכ״כ ריטב״א בריש גיטין הא דאמריכן רוב בקיאין הא איכא מיעוטא דלא בקיאין וחזקה דאיתתא ומיעוטא וחזקה חשוב כפלגא ותירץ רבינו משום דהוי מיעוטא דמיעוטא דלא גמירי ולא חשוב להלטרף עם חזקה אך בע״ז דף ל״ד כתב כר״ב במרדכי הכ״ל דאפילו מיעוט מאד במספר חשוב מועט רק היכי דאתי מתרי ספיקי הוי מיעוטא דמיעוטא ועכל״ל הא דאמר בגיטין רוב בקיאין הן ולא אמריכן סמיך מיעוטא לחזקת א״א כמ״ש דאין הספק עדיין אם כבר כשתכה החזקה בזה ל״ל דע״י החזקה ליהוי כפלגא והפנ״י בריש גיטין בד״ה גמרא ואפילו לר״מ כתב דאפילו למיעוטא דמיעוטא חיישיכן לענין מיתת הבעל משום דסמוך מיעוטא להרי חזקה חזקת א״א וחזקת חי אבל לענין גט דליכא רק חזקת א״א לא אמריכן סמוך במיעוטא דמיעוטא ואולי הפוסקים דלא חשו לזה משום דאשה דייקא ומרעא לחזקה.

והא דאמר בדף קט״ו ב׳ בעובדא דשכי ת״ח דחזיוה לאלתר ואמרי סימנין י״ל כיון דת״ח טבעו א״א דקלקי קלא אית להו רק לא קמכירכן אכוב כמ״ש תוס׳ בדף קכ״א או דלס״ד שם דלא מהימן משום דעל״ג דרק רובא לא מסקרי ולהכי ל״מ כמי בעדות ממון וכיון דאמרי כמי סימכין דליכא רק חשש מיעוט ובלתי הסימכין רק חשש מיעוט הוי מיעוטא דמיעוטא ועוד דבסימכין רק חשש מיעוט יש תו מהימן ע״א

גם

גם בדבר שבערוה כדמוכח בריש גיטין בהא דרוב בקיאין הן וכיון דחזיוה לאלתר ויש טב"ע הוי עד אחד ועם סימנין מהכי ולכן אמר דחזיוה לאלתר ולא סגי ליה בסימנין לחוד לאפי' דס"ל לש"ם התם דע"א לא מהימן רק היכא דהאשה דייקא.

בט"ז ס"ק ל"א כתב על תשובת הר"ן סימן ע"א דעכו"ם הסל"ת דהכיר בעלה בטב"ע ומוכח מת על שפת הים וגם בסימן שהיה בראשו וסי"מ בזרועו והשיב כיון דלא חזיה בשעתיה ל"מ טב"ע ועל הסימנים לא השיב אם הם סי"מ ומשום דיהודים לא היו יודעים אם היה בו אותן סימנים עיי"ש ותמוה הא הגוי נאמן במסל"ת א"כ ה"נ נאמן שהיו בו הסימנים וכן מצאתי שתמה בזבד טו"ב סס"ק ל"א ונראה משום דסי"מ כמ"ש ב"ש בשם מ"ב בס"ק ע"ב שלא ימצא רק באחד מאלף והוא דבר זר ומופלג ובפרש"י גיטין כ"ז ע"ב דסי"מ אין עדות ברורה מהו וכ"כ בחידושי הר"ן בב"מ דף כ"ז ע"ב דסי"מ כעדים וכ"כ הש"ך בסימן רל"ז דא"כ במגו כנגד סי"מ דהוי מגו במקום עדים וע"כ דאכן סהדי דלא איתרמי עוד סימן כזה באחר א"כ כשאין אנו יודעין אם בעלה ה"ל סי"מ כזה אכן סהדי דלא היה בו וכיון דלא מליכו דהאמינו חכז"ל מסל"ת רק לענין מיתה דזה דבר ההוה מש"כ להאמינו דהיה בו סי"מ דהוי כמו כנגד עדים ולכן לא השיב הר"ן אם זה סי"מ דממ"כ אם הסימן מצוי ל"מ דקל"ד ואם אינו מצוי לא מהימן שהיה בו וכ"ש כיון דאין לאשתו ויהודים אחרים ידיעה שהיה בו מוכחא מלתא דשקר הוא וכמ"ש הש"ך בחו"מ סי' רס"ז סק"ו אפילו כנגד עדים ואיך ידע עכו"ם יותר מאשתו ומיודעיו.

סכ"ה כתב ר"ת עיין בכו"ב סכ"א שנתקשה בדברי תוס' יבמות דף ק"כ בד"ה אין מעידין אלא על פ"פ עם החוטם ואין מעמידין אלא עד ג"י ואר"ת. דה"ד כשאין שם אלא הפרצוף אבל כל גופו שלם אפילו אין כאן פדחת וחוטם ניכר הוא היטב ע"י סימני הגוף ועוד דהמא דוקא בסימנין הוא דקאמר הכי אבל ע"י טב"ע ניכר היטב ע"י סימני הגוף כיון שיש כל גופו ואפילו לאחר כמה ימים עכ"ל וביאור דבריהם דתחלה כתבו תוס' דהמשנה מיירי דוקא דליכא גופו ולכן אפילו יאמרו העדים דמכירין שזה בעלה בטב"ע ע"י פ"פ אין מקבלין עדותן כשאין הפ"פ עם החוטם דקי"ל דא"א להיות טב"ע כלל במעט הכשאר ואפילו בפ"פ עם החוטם ותוך ג"י מבואר בספר הישר לר"ת ובא"ז סימן תרל"ב דא"א להכיר ע"י טב"ע אם אין ראשו שלם אלא דאהכי בתורת סימן מובהק אם אומרים שפ"פ עם חוטם של זה הנמצא דומה לפ"פ עם החוטם של בעלה אבל כל גופו שלם אפילו אין כאן פדחת וחוטם ניכר הוא היטב בטב"ע ע"י סימני הגוף הייכו שיש למעידין בו טב"ע ע"י סימני הגוף בקומתו ובעוביו וברגליו ולפ"ז ל"ל דהמשנה מיירי רק שליכא גופו והדר כתבו ועוד אאת"ל דמשנה מיירי שיש כל גופו שמא דוקא בסימנין הוא דקאמר הכי ואין אומרים שמכירין שזה בעלה ע"י טב"ע אלא אומרים שזה יש לו פ"פ כמו שהיה לבעלה ובאים להעיד על הסימנים לבד אזי ל"מ רק אם מעידין שפ"פ עם חוטמו דומה לפ"פ וחוטם של בעלה אבל אם אומרים שמכירין בטב"ע ע"י סימני הגוף דהייכו בקומתו ועוביו ורגליו ניכר להם בטב"ע שזה בעלה מעידין אפילו בלא פ"פ עם החוטם ואפילו אחר ג"י והמעיין בס' הישר לר"ת דף פ"ה ובא"ז שם יראה שהכו"ב וחת"ס בא"ע סימן מ"ח לא ירדו לדעת ר"ת ותוס' והאמת עד לעלמו והח"ס לא ראה בא"ז שהעתיק דברי ר"ת והכו"ב לא ראה גם בספר הישר לר"ת א"כ מלאתי בשו"ת פרשת מרדכי סימן כ' שפירש כונת התוס' כמ"ש דע"י סימני הגוף מכיר בטב"ע שזה בעלה אף דבתורת סימנים לבד ל"מ כמו ארוך וגוץ והביא מתה"ד סימן רל"ט שכ"כ ובאמת כן מבואר בספר הישר לר"ת ובא"ז ומ"ש החת"ס בביאור דברי ר"ת אמת זולת מ"ש בסו"ח דאם אירע מקרה שיש לו טב"ע באחד מהשלשה פדחת ופ"פ וחוטם מומם אזי מעידים אפילו על אחד משלשתן זה אינו וזה יצא לו ממ"ש בספר הישר בטב"ע גמור שישנו רובו שלם וראשו מעידין עליו אפילו לאח"ז מרובה אבל כשפנטרו ופיו ושפתיו ושפמו ולוואר נשחת וגופו ושדרתו נחתך ליכא טב"ע בפרצוף פנים ופדחת וחוטם אלא כמו סימנין בעלמא שמעיד שדומה לפ"פ ופדחת וחוטם של פלוני כמו. סי"מ לד"ה דאורייתא אבל טב"ע ליכא אבל אי איכא טב"ע לית דין ולית דיין דמעידין אפילו לאחר כמה שנים עכ"ל והבין הח"ס אבל אי איכא טב"ע אפילו בלא גופו ובלא פנטרו ואיכך וזה אינו אלא כונתו אבל אי איכא טב"ע הייכו כשראשו וגופו רובו שלם. דאז יש טב"ע וכן מוכח בדברי התוס' כמ"ש וחת"ס עלמו תבריה לגזיזיה בסי' כ"ד בתוך ד"ה והנה ראיתי דכתב דאפילו מעידין שיש להם טב"ע בשלשתן לא ניחשב לר"ת אלא כסי' ולא קטלינן עיי"ש וכ"מ אם מעידין שמכירין ממש בטב"ע ע"י אחד או שנים מהפ"פ ופדחת וחוטם שזה בעלה שהכירוהו בחייו גם לר"ת לא מהני כיון דל"מ רק מתורת סימן ול"ה סי"מ רק בשלשתן גם כ"מ אם נאבדו ראובן ושמעון ונמלא אחד בראשו וגופו ושנים מעידין שמכירין ע"י טב"ע בפדחת ופ"פ וחוטם לבד שזה ראובן שהכירוהו בחייו ושנים אחרים מעידין שמכירים בטב"ע בגופו שזה שמעון דתנשא אשת שמעון דעדים וסימנין עדים עדיפי כדאיתא בב"מ דף כ"ח.

סכ"ו שלשה ימים במשנה דיבמות ק"כ ריב"ב אומר לא כל אדם ולא כל המקיומות ולא כל השעות שוות ובירושלמי א"ר הלכה כריב"ב ומיליהון דרבנן פליגין דאמר ר' ירמיה מעשה באחד שנפל לירדן ועלה לאחר י"ז יום והכירו שלרפתו הלכה והשיאו את אשתו והובא בח"ר לראיה כנגד הרי"ף דס"ל דרק עד חמשה ימים מיא מלמת למתי דהא בירושלמי מבואר דאפילו לאחר י"ז יום ובבבלי דאיהא מעשה דהתירו אחר חמשה ימים ומעשה שהיה כך היה וה"ה ביותר ונראה דבלא"ה נתקשה בש"ק מה פליגין הא לרב כמי הלכה כריב"ב דלאו כל אפי שוים וכ"ש במים דלמתי גם רבנן מודו ונראה דפירש פליגין רמיקין כדאיתא באבות אל תהי מפליג ופירש הרע"ב מרחיק וכה"ג בגיטין כ"ח כיון דאיפלג וכן נפלגה ספינתו והייכו דרבנן שהתירו אשתו של זה שעלה אחר י"ז ימים הוא דבר מופלג ורחוק וס"ל לרי"ף כיון דסתם ירושלמי אומר שזה דבר מופלג ס"ל שלא לעשות מעשה להתיר כ"כ והא דפסק הרי"ף דלא כריב"ב דלא כתב בירושלמי משום דבבבלי לא הוזכר דהלכה כריב"ב נקטינן לכללא דהלכה כת"ק ואף דעשו מעשה והתירו וקי"ל מעשה רב מ"מ כיון דתליא בהכרה וכמו שאמר והכירו דלרפתו לכה אין לסמוך אהכרתינו כמו הראשונים וכדאיתא בנדה דף כ"ף ע"ב ר"ח הוא דחכים כ"ע לאו חכימו הכי וכמה

עובדי

עובדי התם דאמוראי לא שמני אבקיאתם ולזה אמר הירושלמי מיליהן דרבנן פליגין.

ולהרשב"א דמייתי ראיה מהירושלמי אפשר לומר דהירושלמי מייתי ראיה לרב דהלכה כריב"ב אף דהל"ל לא נתנו חכמים דבריהן לשיעורין לכן מייתי דמלינו מיליהון דרבנן פליגין דהא ע"י שהכירו דלרפתו לכה התירו ומשום דבמקום עיגון לא החמירו מבוס לא פלוג וכמ"ש המל"מ פי"ג מגירושין הט"ז בד"ה ורלאיתי והובא בי"מ אות שכ"ז וכלאה לע"ד הא דאמר והכירו שלרפתו לכה היינו דלא חזיוה בשעתיה דעלה ויש חשש דמתפח כדאיהא ביבמות דף קכ"א אך מחמת דהיה זמן לכה לא תפח ולכן הוא ראיה דאין לומר לא פלוג וכדס"ל לריב"ב ביבמה לאחר ג"י דאס לומר דמיא תלמת למתי וחזיוה מיד מה זה שאמר והכירו בלרפתו הלכה מה לורך הכרה הא סתמא הכי הוא ואם לומר שהכירו את הנטבע משום דלרפתו הלכה מקירת המים הל"ל הכירוהו א"ו משום דלא חזיוהו מיד שעלה מן המים ויש חשש דמתפח אמר שהכירו שלרפתו הלכה ולא תפח ולפ"ז י"ל כמי דלא תקשי מהירושלמי על הרי"ף דס"ל דרק עד חמשה ימים דמלינו הכי בבבלי דמיא תלמת למתי לעולם ויותר מחמשה ימים יש לחוש דמתפח והא דירושלמי משום דהכירו דלא תפח מחמת הלכה ובהכרה תליא ולתא דלא כל העתים שוה דבזמן הלכה דהמים קרים מאד אפשר שלא יתפח אך זה לריב"ב דלא כל הזמנים שוות ונתנו חכמים דבריהם לשיעורין דמשום עיגונא לא אמרו ל"פ וכדמייתי הירושלמי ראיה ומאותו עובדא לרב דהלכה כריב"ב אבל אנן דנגררין אחר ש"ס בבלי דלא אתמר הלכתא כריב"ב סתמא הלכה כת"ק דנתנו שיעור ביבמה עד ג"י אף דודאי לא כל הזמנים שוים ומשום דלא נתנו דבריהן לשיעורין ה"כ בנטבע ולא עלה עד אחר חמשה ימים דתליא בשיעור הזמן אם קור אם חם אין לנו לחלק וליתן תורת כ"א בידו לסמוך אהכרתו ומ"מ אין מזה סתירה לרמב"ן ומ"ב סימן ק"ד דכתבו דבמוכף שהקור גדול ומ"ד. נקרש ונגלד כעין מעידין עליו אפילו ביבמה אחר ג"י להריגתו די"ל דשאני הך דירושלמי דלא היה ברור דמחמת הלכה לא נתפח עד שהכירו דלרפתו הלכה וכיון דלריך הכרה ואומדנא ס"ל לא נתנו הדבר ביד כל אחד לשער ותליא לה בשיטת ריב"ב דלאו כל אדם וכל המקומות וכל הזמנים שוים ותלוי בראות עיני העד או העדים אם מכירין דלא נתפח דלת"ק דנתן גבול ג"י דעד אז ודאי לא נשתנה וא"ל אומדנא ומאז והלאה דלריך אומדנא לא התירו אבל בידוע לכל דלרפתו הלכה וא"ל היכר ואומדנא י"ל גם לת"ק מעידין וכ"ז דלא כבעלי אחזים ואפשר מה דפסקי הפוסקים כת"ק נגד הירושלמי דאמר הלכה כריב"ב דנהי דהלכה כריב"ב היינו בזמניהם דהיו בקיאין בדבר התלוי באומדנא משא"כ אנן דלא בקיאין דהא ודאי לחלק בין אדם לאדם ובין מקום למקום ובין שעה לשעה שלא יגרם השתנות הלורה לריך אומדנא והכרה גדולה וכעין זה שדרו מתיבתא לעבין לתיתה ולעבין חליטה כמבואר ברי"ף פכ"ב וברא"ש שם סימן כ"ף וסוף סימן כ"ה אח"כ תלאתי בשו"ת כנס"י סימן מ"ו קלת כמ"ש אך גרסתו בירושלמי אלקים דרבנן פליגי ולכן נדחק מאד עיי"ש.

ורמב"ם פי"ג מה"ג כתב דאם שהה אחר שהועלה מהמים שעות ונתפח אין מעידין עליו ותמהו רשב"א וש"פ הא הש"ס קאמר דמתפח תפח משמע אפילו לא ראינו דנתפח אלא סתמא חיישינן ונראה דס"ל לרמב"ם הא דבעי הש"ס ריב"ב לקולא פליג או לחומרא דלמה לא כימא דל"ש לקולא ול"ש לחומרא כיון דהכל לפי האדם והמקום והזמן כמו דאפשר להשתנות בפחות מג"י מחמת קבת אלו שלשה כן אפשר שלא ישתנה גם אחר ג"י וכן להיפך א"ב דמספ"ל אם כימא לא פלוג בעיגונא ולקולא לא פליג משום ל"פ ולא נתנו דבריהן לשיעורין מחמת דע"א ועכו"ם מקל"ת ועבד ואשה כאמנים והדבר תלוי באומדנא ועבידי איכשי למטעי בהכי ובעי לפשוט מר"ד ורבא דלקולא פליג ודחי לעולם רק לחומרא פליג ושאני מיא דמלימת למית ולכן מסיק דה"מ דחזיוה בשעתיה דאל"כ לפעמים מהפח תפח וכיון דלפעמים מתפח תו לא חלקו דתלוי באומדנא אי תפח אם לא דהא קיימינן השתא דריב"ב רק לחומרא פליג ולא לקולא משום ל"פ ולא מלינו דרבנן פליגי עליו בסברא זו ובירושלמי אמר רב הלכה כריב"ב ואמר מיליהון דרבנן פליגו דהתירו בנטבע והועלה אחר טוב ימים מן המים והכירו דלרפתו לכה ונתקשו המפרשים במאי פליגי הכהו רבנן וס"ל לרמב"ם הפירש דרב אמר הלכה כריב"ב ועדיין לא ידענו אם ריב"ב לחומרא פליג או גם לקולא כדבעי הש"ס לכן מייתי מיליהון דרבנן פליגי הייכו דהתירו ע"י שהכירו דלרפתו לכה ולא החמירו משום ל"פ הרי בעיגונא לא אמרינן ל"פ א"כ ריב"ב לקולא פליג וא"כ כהי דאנן לא פסקינן כריב"ב משום דש"ס בבלי לא מייתי הך דרב הדרינן לכללא דהלכה כת"ק מ"מ במאי דפשיט ירושלמי דריב"ב לקולא פליג ולא אמרינן ל"פ בעיגונא זה נקטינן כירושלמי כיון דבבלי מספ"ל אין ספקו מוליא מודאי דירושלמי ובעל"א סימן זה ס"ק קפ"ה כתב בכמה מקימות מלינו שסמכו על הירושלמי במה דפשיט התם אף דבבלי מסיק בתיקו.

ולכן בפירש המשניות לרמב"ם וברטנורה כתבו דריב"ב לקולא נמי פליג אף דנשאר הש"ס בספק וא"כ באיסתהי דוקא אם נהפח אבל אם לא נתפח לא מחמירין משום ל"פ דודאי ל"ל דמתפח תפח לעולם דהחיש ונכחיש זה דלהכי כתב הרמב"ם ונתפח דאיכו מוכרח שיתפח וגם בירושלמי העיד דהכירו שלרפתו לכה ולא נתפח וע"כ מיירי דאיסתהי אחר שהועלה מהמים כמ"ש לעיל דאל"כ הא מיא למתי וא"ל היכר.

ובעין זוכר מערכת יו"ד אות ג' הביא מרבינו יהונתן שבאס"ז ב"מ דף מ"ה ומ"ע רים הלכות סופר דרבינא ור"א שסדרו הבבלי היו רגילין בירושלמי ואלו היו יודעים שכן הלכה היו קובעין אותו בבבלי ור"י מיגאש סימן פ"א כתב שאין לנו לדחות הירושלמי רק בדבר שבא הפכו בבבלי עיי"ש ול"י כראה בדבר דזולת הירושלמי ידעינן מכללא היפך מה שפסק בירושלמי כגון זו דפליג ת"ק וריב"ב דכללא הוא דהוי כרבים לגבי יחיד כמ"ש תוספת פ"ק דבילה ב' ע"ב בד"ה גבי וא"כ בלאו הירושלמי ודאי הלכה כת"ק אלא דירושלמי חידש רב דהלכה כריב"ב ולא ה"ל לבבלי לשתוק אם לא דפליג על הירושלמי בזה.

ולפימ"ש ריטב"א דמתפח תפח שמא נתפח ואינו ניכר ובח"ר כתב דאם נתפח שמא אחר הוא ונשתנה לורתו ונדמה להם זה עיי"ש א"כ הוי ס"ס שמא לא נתפח ואת"ל דנתפח שמא לא נשתנה כל

כל כך שידמה לצורתו של זה אף דאינו מתהפך הס"ם כאן אין צריך דמהיכי תיתי לחוש שנשתנה לצורתו של זה אם לא דנאמר קודם הריעותא דנתפח וכמ"ש הש"ך כה"ג בכללי ס"ס בדין ט"ו ואף דספק ראשון ומקרון ידיעה דשמא בקי יכיר דנתפח מ"מ מועיל לס"ס כמ"ש המ"ב וש"ך ביו"ד סימן כ"ג סקט"ו ואף דהוי במקום חזקת א"א מ"מ כיון דבעלה טבע בים כבר אתרע חזקת א"א אפילו לא שהו עליו בכדי שתלא נפשו ועוד דדייקא מרעא לחזקת אשת איש.

מיד ביבמות קט"ו ב' איתא לאלתר ובדף קכ"א אמר בשעתיה ונראה דאפילו תוך שעה יש חשש דתפח קצת ולא ניכר היטב דשמא תיכף אחר שעה נתפח על דבודאי אינו ניכר ומעיקרא תפח ואתי קלת אך כיון דמלתא דעל"ג ל"ח דאומר בדדמי כמ"ש תוס' בדף קט"ו בד"ה טעמא לכן תוך שעה ומסימן דמכיר היטב וזה לפי מה דס"ל למסקנא דע"א כאמן משום דעל"ג וכמ"ש הרי"ף דמעובדא זאת שבדף קכ"א מוכח כן אבל בדף קט"ו דרלה לפשוט דמסימן משום דעל"ג ודחי דחזיוה לאלתר ואמרי סימנין אבל אטעמא דעל"ג לא סמכינן אפילו היכא דליכא חשש בדדמי כמ"ש תוס' שם א"כ בשלא הועלה לאלתר יש לחוש דנשתנה ואמרי בדדמי עכל"ל דהועלה לאלתר וליכא חשש באומרי כמי סימנין כיון דאמרי דים טב"ע ולחשש משקר במזיד לא חש כיון דאמרי כמי סימנין אהכי בצירוף טב"ע כמ"ש תוס' שם וס"ד כשליכא חשש כלל לבדדמי אזי חזי לאצטרופי.

ורש"י פירש וקאמרי סימנין דא"ל סימנין חייסינן דלמא אחרים כינהו לפי שהמים משנים צורת הפנים ואין ניכר כל כך ותוס' כתבו דאין נראה דהא אמרינן בדף קכ"א דמים מלמות למתי.

ונראה דבירושלמי איתא דהעלוהו מן המים והכירו דלרפתו לנה הרי דבלא הכרה יש חשש דנשתנה אף במים א"כ יש לחוש דאמרי בדדמי אך לפי מה דמסיק בדף קכ"א דע"א נאמן בכפל למים ומשום דס"ל דמלתא דעל"ג לא משקר א"כ גם חשש לבדדמי ליכא וסמכינן דמיא מלמות למתי כיון דאינו רק חשש דאינו ניכר ולא דמי לאיפתחי ביבשה דודאי מתפח תפח וודאי נשתנה אבל בדף קט"ו דאזיל לסברא דלא סמכינן אטעמא דעל"ג א"כ גם במים יש חשש דאמרי בדדמי וצריך סימנין אלא לרש"י אינו מובן למה אמר וחזוהו לאלתר כיון דרק אסימנין סמכינן ונראה דס"ל כמ"ש הלח"מ פי"ג מה"ג ה"ט דאסקינהו לקמן וחזנהו לאלתר דלאלתר קאי אטביעה לאלתר שטבעו דאז האשה דייקא דאפשר שהוא חי עיי"ש וכן נראה מהתוס' דים לפרש כן דלהכי כתבו דהפירש לאלתר שעלו לשלול פירש זה וס"ל לרש"י דלהכי אמר דקאמרי סימנין דכהי דל"ח דמשקרי במזיד כיון דאשה דייקא מ"מ כיון דהשתא קיימינן דלא סמכינן אטעמא דעל"ג יש לחוש דאמרי בדדמי כיון דמים משנים קלת צורת הפנים עכל"ל כמי סימנים אך קל"ד לכן ל"ל כמי דחזנהו לאלתר שנטבע והכירו בטב"ע ואהכי ע"י צירוף כמ"ש תוס'.

ובנו"ב סימן מ"ג בתק"ע איתא דהשואל ר"ל דבנטבע ועלה אחד יש ס"ס שמא הבעל שנטבע מת ואת"ל עלה שמא זה שנמלא עתה הוא בעלה ואינו מגם אחד דאם זה הנמלא הוא בעלה הרי בגדיו וממון הנמלא אללו ליורשיו משא"כ לספק שאין זה בעלה אלא בעלה שנטבע לא עלה ואיתחזיק איסורא אינו כיון דרוב הטבעים מתים והנו"ב הקשה א"כ איך פשיט ביבמות קכ"א דריב"ב לקולא פליג מהא דטבע בכרמי ובדגלת ולמא שא"ה דאיכא ס"ס ותו קשה על רבא דאנסבה לדיבותהו אפומא דשושבינא למ"ל שושבין בלאו שום הכרה הוי ס"ס עיי"ש ולענ"ד בלא"ה ל"ל ס"ס זה דמיד שנודע שבעלה נטבע יש ספק אם מת והחזקנו לאיסור איך אחר שנמלא אחד הועלה מן המים מת נלרף עוד לספק שמא זה בעלה כיון דכבר אסרת והחזקת ספק אם מת לאיסור וכמ"ש בתה"ה בטעם ספק טרפה שנתערב דלר"י ל"ה ס"ס ובזה א"ש מה דהאריך להביא מה דרבא אנסבה עפ"י שושבנא ומשום דסברא זאת בס"ט שנתערב פליגי ר"ת ור"י ותליא בפירש הברייתא דרים בילה וספקא אסורה ואם נתערבה כולן אסורות וא"כ אי מהא דכרמי הו"ל שא"ה דאיכא ס"ס שמא זה הנמלא הוא בעלה ואת"ל אינו בעלה שמא בעלה שנטבע כבר מת לכן מייתי מרבא דאנסבה אפומא דשושבנא ואי כה"ג הוי ס"ס למה לריך פומא דשושבנא אע"כ דזה ל"ה ס"ס.

ועו"ש בנו"ב אהא דכתב הרשב"א בכפל ליס ופרשו נלודה והעלו רגל מארכובה ולמעלה דלריך שיהא ס"מ שזה מהנטבע וכ"פ בסימן זה של"ב ולמה לריך סימן הא הוי ס"ס שמא רגל של זה הוא ואת"ל מאחר שמא בעלה שנטבע מת ויש כ"מ בין הספקות דכ"מ אם האבר מטמא באהל דאם אינו של בעלה אמרינן דהוא מרובא גוים ועוד כ"מ דאם מתירין האשה מכח ספק דהרגל מבעלה אין להתירה עד אחר יב"ח א"ו משום דאיתחזק איסורא א"א ל"מ ס"ס ודלא כד"מ ביו"ד סימן כ"ז ות"ח כלל מ"ג דרשב"א מתיר ס"ס באיתחזיק איסור וע"כ לריך לחלק בין ספק דרוסה דאינו סותר ממש החזקה ובין היכא דהחזקה סותר ממש הס"ס וכגון חזקת א"א ודלא כבעלי תשובות ספרדיים דסמכו על ס"ס בעגונה עיי"ש ולפימ"ש אין רא"ה דכאן נולד ונודע בפק אחד קודם לחברו וכבר החזקנו לאיסור א"א ללרפו לס"ס.

והנו"ב שם כתב די"ל משום דסתרו דאם תאמר דהרגל אינו מבעלה ניזל בתר רוב עכו"ם ואינו מטמא באהל וכשאני דכין על האשה מתירין משום ס"ס לומר דהרגל מבעלה ותוס' בב"ק דף י"א ד"ה דקא מעהרת כתבו דהיכא דהס"ם סתרי אהדדי אי אפשר להתיר שום אחד מהן עיי"ם ולי נראה דאינו דומה להתוס' דהתם יש ס"ם כן וס"ם להיפך דהשני ספקות סתרי אהדדי משא"כ כאן רק ס"א וא"כ מלאתי בפרמ"ג במחודשים לס"ם חילק כן ועוד שא"ה דבאוהה אשה עלמה יש סתירה וכשאתה מטהרה עכשיו מכח ס"ם וא"כ תטהר מכח ס"ם שיש להיפך ממ"כ תעשה איסור כמ"ש תוספת שם משא"כ הכא כתיר עכשיו האשה מכח ס"ם ואם יארע אח"כ שאלה לכהן אם יכנס באהל שהרגל שם או הנכנס אם כטמא כעהרו מכח רוב אף דסתרי וכמו בשני שבילין ובאו לשאל זה אח"ז כיון דשני גופים הוא מוקמינן כל חד אדינו בפ"ע ועוד התם אין ביד האשה להמלט שלא יארע לה הס"ם להיפך וממ"כ תעשה איסור וא"ל שתחמיר אז דמה חזית להקל עכשיו ולקלקלה אח"ז אבל כאן נתיר האשה מכח ס"ם והרגל נשרף שלא נלטרך להקל או להחמיר לענין אהל דבלא"ה לריך קבורה ואסור בהנאה ומקלקל מכבר.

ועוד אאת"ל כיון דמחמת הרגל יש לדון על האשה ועל הרגל הוי כשני שבילין ובאו לשאול בב"א מ"מ לפימ"ש בשו"ת מהרי"ל סימן קנ"א הא דב' שבילין ובב"א דשניהן טמאין לאו מדינא אלא מדרבנן משום חוכא ואטלולא וכן פרש"י בפ"ב הדר א"כ י"ל בעגונה לא חשו רבנן לזה דהא באה ואמרה מת בעלי תנשא והטול כתובתה וצרתה אסורה כדתנן ביבמות דף ק"ח והה תרתי דסתרי דמנ"כ אם אתה מאמינה שמת בעלה גם צרתה תנשא ואם אתה חושש דאומרת לקלקל צרתה גם היא לא תנשא ועכצ"ל דבעגונה לא חשו לזה וכ"ש כאן דבעלה נטבע במש"לס דכבר בלא"ה מן התורה מותר ואם נשאת ל"ת ואם תחמיר עתה משום דהוי תרי קולי דסתרי הוי תרתי חומרי דרבנן ובכתובות דף כ"ז גבי מחבואה מללת על כולן אף דאין מחזקת אלא אחת והוי כבאו לשאול בבת אחת כולן טהורות משים דמי יימר דאיטמי ה"נ אאת"ל דזה הנמלא אינו בעלה מי יימר דבעלה נילול אחר בנטבע א"כ תו אין לחוש מה דעכשיו הוי תרתי קולי דסתרי.

אך לע"ד הן טעמא דאיתחזיק איסורא הן טעמא דנולד ונודע תחלה ספק אחד והחזקנו לאיסור אין לומר בנטבע במשאל"ס ובזה כשת"כ כיון דאם נשאת ל"ת תו ליכא חזקת א"א וגם נ"ל דכבר החזקניה לאיסור דה"ד היכא דגם דיעבד אסור נעשה כאיסור ודאי כשהיה רק ספק אחד וכמבואר בלבון מהררא"י הובא במנוח שערים ס"ס פ"ד וגם א"ל דהוא מב"א ולא מתהפך כמ"ש כו"ב בש דהא לרמב"ם אין הכרח כלל דס"ס נ"ל ומתהפך או שלא יהא משם אחד עיין בתוה"ש בקוה"ס אות כ"ף והרשב"א וריטב"א הוכיחו דגם לרמב"ם הא דהעלו רגל דוקא דידוע דהרגל מזה שנפל כיס אלא מחוורתא משום דספקא אם הרגל מבעלה הנטבע או מאחר אינו נחשב ספק דאמרינן מרובא דעלמא הוא ולא מבעלה וכאשר ביארתי לעיל סק"ד.

אמנם י"ל כיון דספק אחד שמא הבעל בנטבע מת הוי רובא להיתר דמיעוטא דמילולין קגי לצרף עוד ספק אף דספק זה ריבא לאיסור אך בתוס' בשלהי יבמות דף קכ"א בד"ה ולא היא מבואר אף דיש עוד רוב זונת מה שנטבע במשאל"ב לא תנשא לכתחלה.

סב"ן מלאוהו הרוג וכו' אם יצא קול איש פלוני מת או נהרג ב"ש סקפ"ד הקשה למהרמ"ס דלענין הבלות מוקמינן לו בחזקת חי והשתא מת וכאן יש חוקרין ותירץ הב"ש אינו מובן כמ"ש בנו"ב בתק"ע סימן ל"א ונראה לפימ"ש בית מאיר לעיל סימן וא"ו סי"ד דבחזקה כל בהמה הנמלאת טרפה שלא בסיבה חוץ ממנה אלא בהשתנות מזג וסידור הגוף מעצמו אין הספק בקידוש ואיסור שקול אלא ע"י החזקה מסתבר להמשיך החזקה ולומר שבאריכות הזמן על יד על יד נשתנה מזג הפשוט ונעשית טרפה משא"כ בספק כשבר שהוא עסק הבא במקרה ע"י סבה והחזקה אינה מכרעת בסברא לומר שנתאחר לכן השמירו מדרבנן את"ד ולכן בנידון מהרמ"ס דהספק על מיתה טבעית מוקמינן על חזקה דמעיקרא משא"כ כאן דנהרג ולכן פתח בש"ע מלאוהו הרוג דדוקא בזה יש חוקרין אבל בסיפא דבא להשמיענו בילא קול דל"א להקול שכבר מת אין חילוק בין מת לנהרג נקט תרווייהו דבכל חדא יש רבותא דבמת דכל עומד לכך מ"מ תלינן בתוך ג"י מת ובנהרג דאין החזקה מכל הסברא מ"מ לאותו דעה הראשונה אמרינן השתא מת אבל כישא דבעי למנקט דעת יש חוקרין אינו רק בנהרג ומוכח כמהרמ"ס ובזה א"ש מה שהב"ש ליין ומיהו יצא הקול וכו' והקשה על מהרמ"מ והלא קושייתו מן היש חוקרין שברישא ושם ה"ל להקשות ולפימ"ש א"ש משום דברישא י"ל כמ"ש דשאני נמלא הרוג מנמלא מת אך לפי מה שהביא תירץ הטו"ז דהך ומיהו אם יצא הקול בא לומר כיון דילא הקול מודים גם היש חוקרין א"כ נ"ל דרק בנמלא הרוג חוקרין דהא אמר כאן דילא הקול דמת או נהרג מודים היש חוקרים והרי במת בלאו הקול אין חוקרין לכן העמיד הב"ש קושייתו פה אך לפי מה שהגיהו החמ"ח וביאור הגר"א הך לדברי הכל וגרסו לדעה הראשונה יש ראיה למהרמ"מ וכמ"ש וגרסא זאת מבואר בריטב"א דקאי רק לדעה ראשונה וגם היא פתח תחלה בנמלא הרוג וא"י מתי שיש פלוגתא ולבסוף כתב בילא קול מת פלוני דמותרת לדעה ראשונה משמע לכאורה דגם במת לבד פליגי דעה שניה אלא די"ל דקאי ארישא דנמלא הרוג ומ"ש כאן מת היינו כמו ע"י הריגה והה דוחק וגם בש"ע כאן דחוק לומר דמה דמסיים מותרת לדעה הראשונה קאי רק אנמלא הרוג ולא אנמלא מת לכן נ"ל דנהי דהיש חוקרין לא קמבו אחזקת חי בנמלא הרוג אי משום דגם בחר איסור דאורייתא ק"ל הכי כיון דאין החזקה מכח סברא כמ"ם הב"מ לענין טרפות או דכאן חמיר יותר כיון דאין החזקה מכח סברא יש חשש לעז דהרי תוספת בספ"ק דב"מ דף כ"ף ע"ב כתבו גם לענין רוב החמירו בא"א משום לעז אך אם אחר ג"י דאין מעידין אינו רק חששא בעלמא שמא נשתנה כמ"ש הריטב"א אין מקום להחמיר בספק ג"י אפילו זולת החזקה דהוי ק"ס שמא הוא תיך ג"י ושמא לא נשתנה וכ"ש כיון דמדינא איכא חזקת חי רק חומרא דרבנן שלא נאוקים על החזקה אין להחמיר כשיש עוד ספק שמא לא נשתנה אפילו הוא אחר ג"י ועכצ"ל דהאוסרין בספק שמא הוא אחר ג"י דק"ל אחר ג"י ודאי נשתנה ואינו ניכר ונדמה בטעות לצורת בעלה א"כ כשילא קול לפני המעשה ימים פלוני מת ועתה נמלא והכירוהו שהוא פלוני אם איתא דהקול אמת איך אפשר להכירו עכשיו וע"כ רק בטעות הוא שנדמה להם א"כ מסתבר כשילא הקול כבר נשתנה או שכבר מאז עבר עליו ג"י או מחמת איזה סבה נשתנה א"כ נ"ל ממ"נ אם אין הקול אמת תלינן שהוא תוך ג"י ואם אמת הרי מת דהא אם אמת יותר מסתבר דילא הקול מחמת שבאו אותו מת וטעו ונדמה להם שהוא פלוני ואדרבה חיישינן לקלא לומר דלא לחנם ילא הקול אלא מחמת שכן נדמה להם לכן דוקא לדעה הראשונה דמתירין בספק תוך ג"י גם בנמלא הרוג ומשום דק"ל דגם אחר ג"י אינו ודאי דנשתנה אזי י"ל בילא הקול הממ"נ אבל להאוסרין בנמלא הרוג אסורה בילא הקול אפילו נמלא מת ועיין עב"א ס"ק ע"ו כתב גם כן דבילא הקול גרע טפי משום דעכשיו ודאי אחר ג"י ונשתנה ונדמה לפלוני א"כ יש לחוש שמא בשעת הולאות הקול היה אחר ג"י ונדמה לפלוני עיי"ש ונראה כוונתו דרגל"ד דזה שנמלא זה הוא שילא עליו הקול כדאמרינן בפ"ק דפסחים דף יו"ד דאמרינן קבר שאבד הוא קבר שנמלא ולא תלינן דזה הנמלא הוא אחר ולפי מה שכתוב בנמ"י וכאן בב"י וש"ע אם ילא קול איש פלוני מת ולאחר ג"י מלאוהו מת

ובאו

ובאו עדים והכירוהו שהוא אותו פלוני ושינו ממ"ש בריטב"א ולאחר ג"י מצאו מת ומשמע להדיא מהכ"י והש"ע דמצאוהו זה ממש שיצא עליו הקול שמת דמלבד מה שכתב אח"כ והכירוהו שהוא אותו פלוני ידוע שזה הנמצא יהיה מי שיהיה הוא אותו שיצא עליו הקול שמת והיינו בידוע שיצא הקול שהוא במקום פלוני ושם נמצא אח"כ מת דאל"כ מנא ידעינן שזה הנמצא מת הוא אותו פלוני שיצא עליו הקול ועיין בק"ע אות קע"ז.

מעשה בא לפני שנמצא הרוג ביום א' פרשת מקץ והעיד עליו ע"א שמכירו בטב"ע וגם מכיר מנעלים ומכנסיים שלו בס"מ וטב"ע מחמת שבעש"ק שלפניו דהיינו בפרשת וישב היה עמו וראה המנעלים ומכנסיים שלו ואמרתי דלכ"ע מותרת דהא מכיר אותו בטב"ע ואין לחוש שנהרג לפני ג"י ונשתנה צורתו לבעלה של זו דהא מכיר מנעליו ובגדיו מה תאמר ניחוש ישאלה כדלעיל סב"ד הא ראהו בעש"ק לבוש בהן ועי"כ לא השאילו אלא אח"כ ועי"כ לא השאיל רק לאדם חי וא"כ ע"כ זה הלבוש עתה בהם לא מת עד אח"כ ולא עברו עליו עדיין ג"י סו"ר שב"כ בכוב"ת בתק"ע סימן ס"ג הובא בפ"ת כאן ס"ק קכ"ג.

בשו"ת עה"ג סימן ע"ב ובכו"ב בתק"ע סל"ב כתבו דגם ולאי אחר ג"י בצירוף סימן אמצעי או בגדים אפשר להתיר מדתנן אין מעידין אלא על פ"פ עם החטם אעפ"י ש"ל סימנים בגופו ובכליו ואין מעידין אלא עד ג"י ולמה לא תני אין מעידין אלא עד ג"י אעפ"י ש"ל סימנין בגופו ובכליו כי היכי שיהא קאי הא דאעפ"י ש"ל סימנים גם אהא דאין מעידין אלא עד ג"י אע"כ דאם יש סימנים בגופו או בכליו מעידין גם לאחר ג"י ובשו"ת רע"א כתב דנעלם מהם תשובת הרא"ש שהביא הטור לקמן ס"ס קי"ח והיא בשו"ת הרא"ש ככ"א ס"ו וז"ל יהודים שנהרגו בדרך לסוף ע"ו ימים מצאום והכירו ראשו של אחד מהם בס"מ דע כי אינו עדות להתיר את אשתו כי המת משתנה אחר ג"י והגוי שאמר שהוא וגוים אחרים הרגום ואמר סימנים שהיו בכל אחד אם היו כגון ארוך וגוץ ל"ה סימן אבל חסר או יתר באחד מאבריו הוי ס"מ את"ד הרא"ש ונראה לפימ"ש בעזרת נשים ס"ק קע"ז בשם הרב המג"כ דבעגונא יש רגל"ד דהרי הבעל נעלם והאשה דייקא ומנסבא עיי"ש וא"כ י"ל הא דמהני טב"ע אחר ג"י בצירוף ס"א בגופו או בגדיו דוקא משום דרגל"ד דבעלה נעלם ודייקא דכ"ז מרבה רגלים וגם חזקה דדייקא מרעא לחזקת א"א כמ"ש תוספת ביבמות פ"ח ע"ב ולכן אף דילפינן דבר דבר ממומון שלא להפקיע מחזקה רק ע"י דבר ברור וטב"ע אחר ג"י אפילו בצירוף סימן עדיין אינו דבר ברור מ"מ כיון דדייקא מרעא לחזקת א"א אהני אך בעובדא דהרא"ש דהרבה יהודים נהרגו בדרך א"כ כולם נעלמו אין לסמוך על הכרת אחד מהם בטב"ע ובסימן שהוא בעל אשה זאת משום דנעלם דשמא הוא אחד מאותם שנהרגו דג"כ נעלמו ובעלה ברח וזה נשתנה לצורת בעלה דבשלמא אם לא שמענו שגם אחרים נעלמו לא מחזיקינן שמא גם אחר נעלם והוא זה הנמצא אבל כאן דהרבה נעלמו י"ל דזה שמעידין עליו שהוא בעלה אינו בעלה אלא מהאחרים שנעלמו וגם אשה דייקא ליכא כיון דהרבה נהרגו באותו דרך אמרה בדדמי ס"ד כל הנהו דאיקטול איהו פליט וכדאיתא בר"פ האשה שלום ואיתא עוד התם נפלו עלינו לסטים הוי כמלחמה ולא דייקא וממשנה אין הוכחה לכה"ג כיון דנהרג רק אחד מעידין אחר ג"י כשיש סימנים תו לא מלי למתני דאין מעידין אחר ג"י אעפ"י שיש סימנים.

ולפ"ז מיושבין דברי הרא"ש שלא יהיו סתורין מניה וביה דתחלה אמר דגם סימן מובהק דהיינו שתם סימנים אמצעים לא מהני והדר אמר סימן ארוך וגוץ דהיינו סימנים גרועים לא מהני והדר אמר דסימנים חסר ויתר באבריו דהוי ס"מ ביותר מהני דמוכח אבל ס"א ל"מ ולפימ"ש א"ש דתחלה אמר דסימן מובהק דהיינו סימן אמצעי ל"מ אף דיש טב"ע על אחד מ"מ כיון שהוא אחר ג"י יש לחוש שמא אינו בעלה אלא משאר הרוגים דשם נשתנה לצורת בעלה והדר אמר דהגוי שאומר סימנים שהיו בכל אחד ל"מ סימן ארוך וגוץ ושחור ולבן אף בצירוף הטב"ע הנ"ל אף דליכא חשש שאחד מאותם ההרוגים נשתנה לצורתו של בעלה דהא בשאר הרוגים לא היה אותן סימן שהיה בבעלה דהא אמר הסימנים שהיו בכל אחד מ"מ בארוך וגוץ דסימן גרוע יש לחוש דנזדמן בסימן זה מעלמא אף דלא שמענו שיהיה עוד נעלם חוץ מאלו שהלכו בדרך ולבעלה יש רגל"ד דנעלם גם נראה בטב"ע שיש לו צורת בעלה לא חזי לאצטרופי סימן גרוע אבל סימן אמצעי היה מועיל אם בכל אותם הרוגים לא היה סימן זה והדר אמר אם יש סימן מובהק ביותר באיזה מהם אזי מועיל גם אם אינו ניכר בטב"ע בפנים ולפ"ז מוכח מהרא"ש כעבוה"ג וכו"ב.

ובפשוט י"ל כיון דהרא"ש כתב דהכירו ראשו של אחד מהם שהיה עדיין שלם בסימנים מובהקין משמע דע"י הסימנין הכירוהו בטב"ע שהיו נהריאים באותן סימנין לזה כתב דלאחר ג"י ל"מ הטב"ע כיון דנשתנה וא"א להכיר בטב"ע א"כ סימנים לבד כיון שאין מובהקין ביותר לא מהני אבל קשה דלבסוף כתב דסימנים מובהקין לבד מהני ולא הזכיר שם מובהקין ביותר וכאן כתב נמי מובהקין ולמה לא יועיל בלתי טב"ע ואיך יקרא תחלה לס"א מובהקין ולבסוף יקרא מובהקין רק למובהק ביותר ועוד תקשי לשו"ת פנ"י וס"פ דעמיה דשני ס"א מהני כס"מ ביותר לכן נראה לפימ"ש בספר הישר לר"ת בשם בה"ג דמשנה דאין מעידין אלא על פדחתו וחוטמו לא איירי בטב"ע רק בסימני פדחתו וחוטמו ופיר"ת דא"א להכיר בטב"ע ע"י פדחתו וחוטמו אפילו תוך ג"י רק בתורת סימנים שחתיכת פדחתו וחוטמו של מת זה דומה לפדחתו וחוטמו של פלוני בעל אשה זאת וזה הוי סימן מובהק דמהני מן התורה עיי"ש ובח"ס א"ע יהיב טעמא בסימן כ"א משום שאין כמלא שני ב"א שיהא פרצופיהן דומה כדאיתא בפאד"מ דף ל"ח לכן טב"ע דפ"פ עם החוטם הוי סימן מובהק דמועיל לכ"ע מן התורה ור"ת בשם פירש דהמשנה מיירי דנחבל בפניו לכן א"א להכיר בטב"ע גמור לומר דזה פלוני רק מועיל בתורת סימנים ואפשר דהרא"ש מיירי נמי בהך גונא או דס"ל בזה דאף דלא נחבל בפניו מ"מ כיון דלא נשאר רק הראש א"א להכירו בטב"ע ומהני הטב"ע רק בתורת סימנים וכ"כ בשו"ת ב"י בסימן וא"ו בדעת הרא"ש בפסקיו ושטחיות לשון הרא"ש בתשובה זאת נראה יותר דמיירי דנחבל בפניו ודכתב והכירו ראשו של אחד מהן שהיה עדיין שלם בסימנין מובהקין ושאר הגוף אכלוהו חיות והל"ל והכירו ראשו בסימנים מובהקים שהיה עדיין שלם אלא י"ל שלא היה שלם רק בסימנים

בסימנים מובהקין דהיינו פ"פ עם החוטם ונחבל בפניו וא"כ דמה דחשובי סימנים הוא רק משום הטב"ע שבשיומי פ"פ עם החוטם דאין שני פרצופין דומין בטב"ע אבל לאחר ג"י דנתפח ונשתנה דא"א להכירו בטב"ע של פ"פ עם החוטם ליכא סימנים כלל ומש"כ כידון העבוה"ג וכו"ב דהיה סימן אמצעי זולת הטב"ע שבפ"פ עם החוטם מהני גם לאחר ג"י לפ"ז מיושבין דברי הרא"ש שלא יהיו סתורין דהדר אמר מה שהגוי אמר סימנים שבכל אחד ל"מ סימן ארוך וגוץ דאלו היו סימנים אמצעים היה מועיל לזה שהכירוהו אחר ג"י בטב"ע בשיומי פ"פ כיון דידוע דפלוני בעלה היה לו אותו סימן אמצעי שאמר הגוי וגם הכירו שאר הרואים ראם אחד בטב"ע שזה הוא פלוני בעלה אף דלאחר ג"י ל"מ היינו כשאין זולת זה עוד סימן אמצעי אבל כשיש זולת זה עוד סימן אמצעי לא חיישינן דאחר ג"י נשתנה אחר לצורת בעלה והדר אמר באם יש סימן באיזה מהם סימן מובהק כגון חסר ויתר אבר מותרת אשתו אף דלא ניכר או אף לא נמלא ראשו כלל ומוכח כהעבוה"ג והכו"ב ועיין בשו"ת פרשת מרדכי באה"ע ק"כ דמוכיחו דע"י הסימנים יוכל להכיר בטב"ע כמ"ש תה"ד סימן רל"ט.

ובחת"ם א"ע סכ"א כתב דאם נשאר רק הראש ושלם באברי הסכרה דהיינו פ"פ עם חוטם מעידין גם לאחר ג"י כהי דט"ע גמור לא הוי כיון דאין הגוף לפנינו מ"מ טב"ע בראש השלם הוי סימן מובהק לכל הגוף מיהו דברי הרא"ש בתשובה שבטור סימן ק"ח ל"ע באחד שמלאו ראשו אחר ט"ו ימים והכירוהו בסימנים מובהקים ולא התיר כיון שהיה אחר ג"י ול"ל שלא היה להם טב"ע בפ"פ וחוטם אלא שאר ס"מ שעשוים להשתנות אחר ג"י עכ"ל ולפי דבריו ג"כ י"ל דלא תקשי על העבוה"ג וכו"ב כיון דעשויין להשתנות י"ל דלא נשאר שום סימן כלל ועבוה"ג וכו"ב מיירי בסימן דאינו נשתנה לאחר ג"י אך א"כ ה"ל להרא"ש לפרש באיזה ס"מ מיירי דהא לאו כל הסימנים משתנים לאחר ג"י ושומא משתנה מיד אחר מיתה וגם מה הוכיח הרא"ש מן המשנה דלא יעיד אחר דמיירי רק בפ"פ עם החוטם ולא בשאר סימנים מובהקין.

בשו"ת רשב"א סימן תקל"ז ז"ל שאלת ראובן הלך למרחקים והניח לאבתו ובא ע"א ואמר ראיתי ראובן בעלה של פלונית הרוג בדרך בארץ ישמעאלים וכבאי עליו הכרתיו שהיה פלוני ואמרת שנחלקתם אם האבה מותרת להנשא כי יש מי שאוסר תשובה מותרת דכל שבא עד אחד ואפילו עבד ושפחה ועמפ"ע נאמן והטענה בזה משום דאשה דייקא ומנסבה עכ"ל והקשה בח"ע הא רשב"א מחמיר בספק תוך ג"י ונראה משום דבדרך אלו מכבר נהרג לא היה מניחין אותו כיון דעוברי דרכים שכיחי וגם ודאי לא ימנע מישראלים ודבר המלוי אינו בגדר ספק בין להקל בין להחמיר כדאיתא ביו"ד סימן כ"ז ס"ג מדברי הרשב"א בתה"ה.

וי"ל מה"ע הצריך הרשב"א לומר משום דדייקא ולא סגי במה דמבואר בפ"ס דע"א נאמן אלא י"ל בשלמא כשמעיד דבעלה מת או נהרג ואין עוד ספק בדבר שפיר הימנוהו אבל כאן די"ל שמא עבר עליו ג"י רק אכן מסברא אמרינן דלא היה מונח בדרך כ"כ אפשר כולא האי לא מהימן כמ"ש הכמ"י בפמז"ה דלא סמכינן אמגו היכא דאכו לריכין עוד לברר דבר אחד ומסברא דלאו מפיו אנו חיין שנאמין לדבריו כ"כ משום מגו עד שנלטרך לברר עוד ספק אחד מדעתינו ולקיים דבריו וזה מוכרח בש"ס שם דף מ"א ב' בהאי דדר בקשתא אך י"ל היינו התם דאנו מוליאין מחמ"ק משא"כ כאן דחזקה דא"א אתרע מחמת דדייקא.

אן י"ל דרשב"א סמך להעמיד הרוג הנמלא אחזקת חי והשתא נהרג ולי דחזקת א"א כנגדו כיון דדייקא מרעא לחזקת א"א או אם טעמא דע"א משום דעל"ג י"ל בכה"ג ל"א על"ג כיון דיש לומר דעברו עליו ג"י ונשתנה וכדומה לצורת פלוני אלא דאכן סמכינן אחזקת חי אבל כשיבא בעלה חי לא יתפס העד לשקרן דכימא אדרבה הוא בחזקת כשרות וזה כבר עבר עליו ג"י לכן אמר הרשב"א דהטעם משום דדייקא וא"ל לטעם דעל"ג ומ"מ מה דלא חש הרשב"א לספק שמא נהרג לפני ג"י ל"ל משום דנמלא בדרך וה"ע דכהי דלא מתירין משום חזקת חי לבד איסור דאורייתא מ"מ בים קלת רגלים לדבר סמכינן אחזקת היתר גם בדאורייתא וכדאיתא בש"ך יו"ד סימן כו"ן סק"ג בשם הרשב"א וכ"פ וה"כ בנמלא בדרך עכ"פ קלת רגל"ד דלא מוכח ג"י וכמ"ש ול"ל שמא נהרג במקום אחר ומכבר והשתא הובא על הדרך חדא די"ל ככנ"ה מתחלת הריגתו ועוד אינו סברא כלל דאם להניחו על הדרך למה טלטלוהו כלל ול"ל דהרשב"א הא דדייקא כדי לעשות מזה רגל"ד וכסמך אחזקת חי דהא הא דדייקא לריכין לגרע חזקת א"א.

סב"ח ע"י טב"ע של גופו ולורתו בספר הישר לר"ת ובא"ז סימן תרל"ב איתא בטב"ע של ראש כולו או טב"ע בגופו עם ראשו מעידין עליו וכן בטב"ע ברובו עם ראשו עכ"ל ומבואר דבראשו שלם גם בלא גופו כלל מעידין עליו בטב"ע אך אם אין ראשו שלם כולו דוקא ברוב גופו וראשו מעידין עליו אפילו אח"ז מרובה.

ואפילו נפל למים כתב ב"ש כ"כ תוספת ר"פ הא"ש בשם ר"ת אפילו איסתהי ובעל"א ס"ק קי"ז כתב דלא נמלא בתוס' כן לענין לאלתר אחר שהועלה מהמים דר"ת לא מיירי רק אחר ג"י דיבשה ור"א מיירי דהיה במים כמה ימים וראוהו לאלתר שהועלה עיי"ש ולי נראה דלפמ"ש הב"ש בס"ק פ"ג בדעת התוס' וכ"כ במרדכי דחזכהו לאלתר וקאמרי סימנים הואו מחלקת או קאמרי סימנים וא"כ מה כתבו תוס' ותימא איך מתירין כשי ב"א שטבעו ע"י טב"ע בלא סימנים הלא לפירושם א"ל סימנים אם חזכהו לאלתר וע"כ תמיהתם באם לא חזכהו לאלתר וע"ז תרלו דהש"ס איירי כשנשתהה קלת לורת פניהם וכן מפרש ר"ת לקמן א"כ מבואר דגם באיסתהי אחר שהועלה מהמים אם לורתו שלם מעידין בטב"ע וא"ל דתוס' תמהו לפימ"ש בדיבור הקדום א"כ דמהכי עפ"י טב"ע דלפ"ז מיירי בסימנים אמלעים ולריך טב"ע וסימנים חדא דמה זהו תימא אם המתירין מפרשים וקאמרי סימנין או קאמרי ועוד אף דאין הכרע בכונת הש"ס מ"מ כיון דמה דדחי הש"ס וקאמרי סימנים הוא לומר דלא כפשט הבעיא אם ע"א נאמן א"כ הוי ס"ס שמא ע"א נאמן במים וא"ל סימנים ואת"ל דאינו נאמן שמא כונת הש"ס וקאמרי סימנים או קאמרי כמ"ש תוס' תחלה דלפ"ז ע"כ אף דאין ע"א נאמן במים מ"מ אם מעיד דחזיוה כשהועלה לפניו נאמן ול"ל דזה דאכן מספקינן בכונת הש"ס הוי ספק חסרון ידיעה דהא לענין ס"ס מהכי כמ"ש מ"ב והסכים עמו הש"ך ביו"ד סימן

סימן כ״ג ול״ל משום דהס״ם כנגד חזקת א״א דכאן דכבר נטבע במשאל״ם בודאי ואם נשאת ל״ת תו ליכא חזקת א״א וגם כיון דהס״ם לענין דיכא לא מיגרע בשביל החזקה לא ישתנה הדין כמ״ש האחרונים.

ובחמ״ה בס״ק כ״ה כתב ג״כ דאין הכרע בתוס׳ אם מ״ש דאם פ״פ שלש מעידין גם לאחר כמה ימים אם כונתם אפילו איסתהי ביבשה אחר שהועלה מהמים והנלע״ד כתבתי.

עוד כתב החמ״ח דספק פלוגתא הוי כתרי ותרי עדים מכחישים זה את זה דמוקמינן לה בחזקת א״א והיא פשוט וא״י איך פשוט בשלמא בעדים מכחישין זא״ז במעשה זאת איך נעשה י״ל דהאשה בחזקת א״א משא״כ בפלוגתא בדין משום חזקה לא ישתנה הדין אך בלא״ה א״ל משום חזקה דגם בלאו החזקה הוי ספקא דאורייתא ולחומרא אם לא דידוע דטבע במשאל״ם דאז הוי רק ספק דרבנן ואז גם חזקה ליכא ואז שפיר י״ל אפילו על יחיד נגד רבים כדאי היחיד לסמוך עליו בשעת הדחק אבל בדאורייתא לא אמרינן הכי וכמ״ש הש״ך ביו״ד בכללי הוראה בסימן רמ״ב.

עוד הביא בחמ״ח מהריב״ש שהקשה על ר״ת ביבמות דף קכ״א דמייתי ראיה ממעובדא דדגלת דאכשה רבא עפ״י שושבינא לאחר חמשה ימים דריב״ב לקולא פליג ודלמא היה גופו וצורתו שלמין ואי דר״ת תירץ דמיירי דאכלוהו כוורי מכ״ל לש״ס זה וכן הקשו בחידושי רשב״א וריטב״א וגם ר״ת בעצמו הרגיש בזה בספר הישר וז״ל והוא דאכשה לבתר ה״י אפומא דשושבינא לא היה בו טב״ע אלא בסימן פדחתו וחוטמו אע״ג דלא ניכר לבתר דכא כפסיה אכלוהו כוורי א״כ תפח היה ומעיד עליו אבל לא היה לו טב״ע אלא כמו מדמה מלתא ואעפ״י ששושבינא היה וטב״ע לא היה לו לא חשדו עכ״ל ויש להבין באריכת לשונו מ״ש ואעפ״י ששושבינא וכו׳ מה זה ענין לתירוצו וגם בין היה לו טב״ע או רק סימן נדמה מלתא יש רבותא דלא חשדו ונראה דהרגיש מכ״ל לש״ס דמיירי דאכלוהו כוורי ולא היה לו בו טב״ע רק סימן לכן ביאר מה דהביא הש״ס דאכשה אפומא דשושבינא ע״כ לרבותא דלא חשדו וקשה מה זה רבותא דהא קי״ל כרבנן בפז״ב דף כ״ז ע״ב דשושבין מעיד דלא נחשדו ישראל ועכ״ל דבשלמא כשסגי בעדותו לבד לא נחשדו אף דכמה חשודים בעלמא רובן לא נחשדו אבל כאן דגם לאחר עדותו איכו ודאי דזה בעלה רק אנו מבררין זה מחמת הסימן ואפילו יהא סימן מובהק מ״מ איכו בירור גמור דאם קל״ד איכו מפורש בתורה סימנים אפילו סי״מ רק מסברא · לא חשו דאיתרמי עוד בסימן כזה ומבואר בחולין דף נ״ו דע״י סימנים לא קטלינן ·רק ע״י טב״ע ומבואר בקלו״ח וכתיבות סימן רכ״ז דאין ·מוליאין ממון ע״י סי״מ וכ״כ בשם הריטב״א א״כ לא עדיף מרובא ה״א דילטרפו מיעוטא דחשודין ומיעוטא דאיתרמי סימן כסימן וכעין שכתב הכמ״י בפרק חז״ה אהא דקשתא בעילותא דלא אמרינן מגו אלא במילתא לבתר דמהימנן ליה משום מגו תו ליכא ספקא אבל במילתא דאף כי כימא מגו אכתי איכא לספוקי לא מפיו אנו חיין שנאמין כ״כ לדבריו משום מגו עד שנצטרך לברר ספק אחד מדעתינו לקיים דבריו ועיי״ש דזה מוכח מהש״ס שם לכן ה״כ ה״א דאין השושבין נאמן שמכיר אותו ע״י סי״מ כיון דבשושבין עצמו יש לדון אם מהימן אך דלא נחשדו ישראל ועכ״פ ריעותא ומקום להסתפק יש ובסימן גם כן יש חשש דאיתרמי סימן כסימן אבל אם לא אכלוהו כוורי ויש טב״ע ממנ׳ תו א״ל לברר שום ספק מסברא וליכא שום רבותא במה דהוה שושבין ועכל״ל כמ״ש הב״מ כאן לדחות מה שתירץ החמ״ח קושית הריב״ש כי אכתי קשה דלמא היה בהם סי״מ אלא ל״ל דקבלה בידם דהמעשה היה באופן דפליגי ת״ק וריב״ב ודחה הב״מ דודאי חלוק דין זה קבלה היה בידם לחדושו ואלו בסי״מ מה חידושו דבתר ה״י משא״כ לר״ת דע״י טב״ע התירו שפיר יש חידוש את״ד ולדרכינו נאמר דעפ״י דשושבינא קבלה היה בידם לחידושו ואם כן מוכח דאכלוהו כוורי ולא ניכר בטב״ע רק בתורת סימן דמדמה מילתא למלתא ולהכי הביא הש״ס הא דאכשה אפומא דשושבינא להוכיח דהמעשה היה דאכלוהו כוורי וא״כ יש הוכחה מן הש״ס כר״ת ולבתר חמשה ימים דמייתי הש״ס לרבותא א״ש לר״ת דהיה נחבל בפניו וגופו דאכלוהו כוורי והשושבין העיד דדומה פדחתו וחוטמו לפדחת וחוטם בעלה ובתורת סימן והועיל אפילו בת ה״י דלא״ה דנשתנה צורתו ואפילו סימן איכו וכמו לת״ק אחר ג״י דיבשה דאפילו סימן איכו.

אך גם דברי החמ״ח יש ליישב ומהשגת הב״מ עליו דלפיר״ת דהחידוש דלא חשדו לשושבין ל״ל דה״א דחשוב שושבין גם להאשה ואף דאין לו דין שושבין רק בשבעת ימי המשתה כדאיתא בהש״י פז״ב שם ובסמ״ע חו״מ סי׳ ז״י״ן וכאן דנטבע ודאי ערבה שמחה מ״מ כ״ז דלא כלו שבעת ימים מזמן החופה עדיין הוי שושבין לגבי האשה ולפ״ז י״ל דהך לבתר ה״י לא קאמר דהקקיה לבתר ה״י דטבע אלא בתר ה״י דכעסה שושבין וקמ״ל דעדיין לא כלו שבעת ימי המשתה ויש הכרח לזה דבעובדא דכרוני אמר דאסקוה לבתר תלתא יומי ובעובדא דדגלת אמר דאסקוה ואכשה רבא אפומא דשושבינא בתר ה״י.

אך בלא״ה לק״מ דהא יש סי״מ כגון רושם וגלגלת וכדומה דמליגלם המקום וה״א לבתר ה״י דנפתח ואין למלום המקום סי״מ או ה״א דהרושם נשתנה לבתר ה״י דהא בעל העיטור ס״ל דליכא סי״מ כלל בגוף דנשתנה מיד אחר מיתה כמו שומא ואנן לא קי״ל כן עכ״פ חידוש קמ״ל דגם בתר ה״י מהכי אבל בהיכר צורתו דלת״ק אין מעידין אחר ג״י ביבשה ה״כ במים לס״ד מכ״ל דעביד כריב״ב ולקולא פליג כיוא דשאני צורה משאר סי״מ ודברי החמ״ח פשוטין.

הג״ה ויש מחלקין עבי״ם ס״ק פ״ז מהתוספת ורא״ש דאם ראו או ידוע שנטבע לריך טב״ע וראו לאלתר וקיומכים אמלעים והכו״ב בתק״ע סמ״ג כתב דאם שהו עליו עד כדי שת״כ דאסורה להנשא רק לכתחלה ודאי מהכי סימן אמלעי לבד והב״מ תפס עליו שהוא כנגד התוספת והרא״ש דגי הכריחם לומר אם סל״ד איירי הכא בסי״מ יאמרו דשהו עליו עד שת״כ את״ד ולפע״ד דאם ודאי סל״ד ל״מ סימנים אף בחשש איסור דרבנן דרק בממון תקנו דהפקר ב״ד הפקר או משום דניחא לבעל אבדה כדאיתא בב״מ דכ״ז ע״ב וכ״ז ל״ש באיסור וה״ד אם ודאי סל״ד ותוספת קאי התם על רבי דלא מספ״ל אלא או ודאי רק דרבנן או ודאי דאורייתא משא״כ לדידן דקי״ל דהוי ספק וכדאיתא בפ״ק דב״מ דף י״ח ע״ב רב אשי מספקא ליה א״כ במשאל״ם לענין לכתחלה י״ל שמא סימנים דאורייתא דקי״ל משאר איסור דרבנן דלדיעבד אסור ומ״מ ספק דרבנן לקולא וחזקת איסור א״א

א״א ל״ל במשאל״ם חדא כיון דהספק אם סימנים דאורייתא הוי ספיקא דדינא משום חזקה לא ישתנה הדין ועוד כיון דרק מדרבנן אסיר לכתחלה הרי יצאה מחזקתה דמעיקרא דהיתה א״א גמורה מן התורה ומ״ש עוד הב״ש לדחות ראיית הנו״ב ממשו״ת הרא״ש דהכא דעיקר איסורו מן התורה וחכמים אסרו לכתחלה מחשש איסור תורה כעין דאורייתא תקון והוי כודאי איסור תורה כמ״ש או״ה הובא בש״ך בכללי ס״ס את״ד לק״מ דשאני התם בגבינות עכו״ם לא חלקו בין לכתחלה לדיעבד משא״כ הכא קיל אפילו מבניות דאינו רק משום גזרה וכופין לצאת וכאן לא תצא הרי דלא עשאוה כודאי איסור תורה ואפילו כספק איסור תורה וגם אי אפשר שיהא כודאי איסור תורה דא״כ אם קבלה קידושין מאחר לא תהא צריכה גט מהני ויוכל השני ליקח אחותה ומ״מ לשון הרא״ש בתשובה כ״ב קצ״ז לל״ע דהקשה על הרמב״ם דס״ל דבהני מילי טומאים ליכא רק איסור דרבנן משום כלאים מפרק או״ב דף ע״ט דקאמר אלמא קסבר סימנים דאורייתא היכא פשיטא דסימנין דאורייתא אפילו היו סימנין דרבנן סמכינן עלייהו באיסור דרבנן עכ״ל הא י״ל אף דבמציאה סימנין דרבנן דבממון הפקר ב״ד הפקר כדפרש״י להדיא בב״מ דף כ״ז ע״ב או מטעמא דאמר׳ בס בפ״ק דניחא לבעל אבדה לאהדורי בסימנים וכ״ז ל״ש באיסור ויותר היה ליה להקשות היכא פשיטא דסימנין דאורייתא הא י״ל דרי אבא מספ״ל כדאמר בפ״ק דב״מ דרב אבי מספ״ל אי סימנין דאורייתא ולהכי באיסור דרבנן הוי ספקא דרבנן לקולא.

לכן נראה כמ״ש מעדיו״ט בפ׳ או״ב סי׳ ב׳ סק״ט דהרא״ש ס״ל כמ״ש רמב״ן ור״ן שם דהנהו סימנים דכלאים אינו ענין לסימני אבדה ואינו תלוי באם קל״ד באבדה או דאורייתא רק כונת הב״ש בם סימנים אלו בכלאים הם מדאורייתא לסמוך עליהם שהם סימנים מובהקין וגמרא גמירי להו עיי״ש ולכן בפיר הקשה בתשובת הרא״ש אם איתא דבני מיני טומאים איסור כלאים בהן רק מדרבנן היכא פשיטא דסימנין דאורייתא אפילו הוו סימנין דרבנן אלו סימנים הם אמרו האיסור והם אמרו לסמוך על אלו סימנים אפילו אינם מובהקין ולפ״ז אין ראיה להנו״ב מזה לשאר סימנים בעגונה ומ״מ מטעם דאכן מספ״ל לדינא אם סימנים דאורייתא מועיל לענין מבאל״ם וכמ״ש לולא דמלשון קליר פסקי הרא״ש בפרק האשה שלום ס״ג ובטור משמע דסימנים לחוד לא מהני במשאל״ם ול״ל הטעם דבפ״ק דב״מ דף ח״י ע״ב אמר ר״א כגון דאמרי נקב יש בו בצד אות פלוני משום דמספ״ל אי סימנין דאורייתא והתם החשש משום שני יוסף ב״ס ובתוספת שם דף כ״ף ע״ב בד״ה איסורא כתבו דמדאורייתא ל״ח לשני יוסף ב״ש רק מדרבנן משום לעז וא״כ קשה כיון דר״א מספ״ל הוי ספק בדרבנן ולמה הצריך ס״מ ועכל״ל כיון דמספ״ל הוי לדידיה ספק חסרון ידיעה וכתב מכ״י כלל א׳ סק״ו היכא דראשונים עצמם נסתפקו בו לא היו מקילין כיון שהיה להם ספק חסי״ד גם אנו אין לנו להקל כדאיתא בפרק ג׳ שאכלו דף כ״א ראשונים שאלו שאלה מה ביקייע לימין אמר ר״א הואיל וראשונים אבעיא להו ולא אפשטא אכן נעביד לחומרא ואף דהתם הוא רק הידור מצוה דרבנן עיי״ש וכ״ל ראיה לזה ממ״ש הרא״ש בתשובה כלל כ״ף סקי״ז אהא דתנן בשלהי יבמות בנפל למשאל״ם והוציאו ממנו רגלו ואמרו חכמים דמארכובה ולמעלה תנשא מארכובה ולמטה ל״ת דיש ספק בארכובה עצמה דהיינו אי דינו כלמעלה או כלמטה וכן בטרפות בהמה דעבדינן כאן וכאן לחומרא דל״ה תרי חומרי דסתרי כיון דמספ״ל אי דיוקא דסיפא עיקר או דיוקא דרישא עיי״ש וקשה הא במשאל״ם רק לכתחלה לא תנשא ולמה נעביד לחומרא כשיש עוד ספק אע״כ כיון דאכן מספ״ל איזה דיוקא עיקר הוי לדידן ספק חסי״ד ועבדינן להומרא.

סל״א ראוהו ללוב במסכה איתא כמי מגויד ורמב״ם השמיטו כ״ל דאביי מוקי לה כרשב״א דאפשר לכוות ולחיות ואכן קי״ל כרבנן ואף דרבא מוקי לה בסכין מלובן וד״ה היינו דמחלק בין אם הכויה בא עם החתוך לבין בא אחר החתוך דל״פ רבנן ורשב״א רק כשנחתך קודם הליבון דנטרף תו לא אהני לו רפואה אח״כ אך עדיין ל״ל דרבא ס״ל דחידודה וליבונה בב״א באין אך בפ״ק דחולין דף ח״ת אר״ז א״ם ליבן סכין ושחט בה כשרה דחידודה קודם לליבונה והס״ם בם שקיל וטרי בה אם גם בחבטה או בר״ז אמרינן כן משמע דהכי הלכתא וכ״פ הרמב״ם בהלכות שחיטה הכ״ב א״כ ה״נ ליתא לדרבא כיון דחידודה קדים תו לא מתרפא לרבנן דפליגי אדרשב״א לכן השמיטו הרמב״ם אח״כ מצאתי בתב״ש סי׳ ני״ת כתב לתרץ השמטת הרי״ף התם בחולין הא דאר״ז א״ם משום הא דרבא וכמ״ש דרבא ע״כ ס״ל דחידודה אינו קודם לליבונה ולדידי י״ל טעם להשמטת הרי״ף כאן הא דרבא דס״ל הא דאמר שמואל ל״ש אלא במקום שאין נפשו יוצאה קאי כמי אמגוייד כמ״ש הכ״י והיינו במקום שאינו עושה טרפה כמ״ש בעל״א וא״כ שמואל לשיטתו דחידודו קודם ולא כרבא והכי קי״ל והא דהשמיט בחולין דברי שמואל כמ״ש הרא״ש.

ועוד נראה הא דאמר רבא בסכין מלובנת וד״ה משום דלא רצה לאוקים סתם משנה כיחידאה לכן הכריח דבסכין מלובנת ד״ה דמיי אך לומר דסתם משנה מיירי דידוע דהסכין היה מלובן יותר דחוק ורחוק ולכן אמר בירושלמי דאין מעידין על המגויד שא״א בחרב מלובנת נכוה וכן ס״ל להראשונים הרי״ף ורא״ש ורמב״ן ורשב״א אך הרמב״ם לא ניחא ליה לחוש למעשה אדם שלא ראינו דרוב סכינים כשחותכין בהם אין מלובנים וכל דפרים מרובא פרים וגם למיעוט אין לחוש לדידן דקי״ל בבכורות דף כ״ף דלא אזלינן אחר רובא דתלי במעשה הרי מיעוט דל״ת במעשה שקול כרוב התלוי במעשה וא״כ אם הרוב אינו תלוי במעשה והמיעוט תלוי במעשה הוי מיעוטא דמיעוטא אך רבא לא ס״ל ההם לחלק בין תלוי במעשה לכן ה״כ חיישינן בא״א למיעוטא דמלובנת ומשום סמוך מיעוטא לחזקת א״א ולפ״ז לדידן דאין לחוש שמא היה מלובן יותר פשוט אוקימתא דאביי דהמשנה כרשב״א אף דלית הלכתא כיחידאה וממילא אין לנו הכרח לומר בסכין מלובנת מודו רבנן דחיי לכן השמיט הרמב״ם מה דתנן דאין מעידין על המגויד ובגיטין דף למ״ד פליגי אם יותר נכון למוקים סתם משנה כיחידאה מלפרש דמיירי בדבר פרטי והתנא סתם ולא פירש שאי הכא לומר דמיירי בידוע בהיתה מלובנת שהוא לא שכיח וזר יותר טוב לאוקמו כיחידאה ומיירי בכל גוני.

ולשון הרמ״ה בטור דוקא שראוהו מגויד בסכין המלובנת באור וה״ה נמי בסכין שאינה מלובנת ונכוה אח״כ כדאמר רשב״א מפני שיכול לכוות ולחיות אח״כ אבל אם נחתכו גידי שוקיו ולא נכוה מעידים עליו כרבנן דפליגי על רשב״א עכ״ל ועכל״ל דר״ל

דר"ל ולא נכוה שלא ראינו שנכוה דאם בודאי לא נכוה גם רשב"א מודה ול"ל מה דל"ח לספק כדאיתא בחו"מ סי' רמ"א דבתנאי דקו"ע צריך להביא ראיה שקיים ונהי דאין ללמוד איסורא דא"א ממונא כדאיתא בספ"ק דב"מ ס"ל להרמ"ה דהא דיכול לכוות ולחיות ג"כ רק מיעוטא שיועיל רפואה זאת אחר שכבר נטרף לכן כ"ז שלא ראינו שנכוה אין לחוש כלל דעדיף מש"ס דבחזקת שלא נכוה ולא נעשה מעשה חדש ואת"ל שנכוה עפ"י רוב אינו מעלה ארוכה והוי כדאמרינן בפרק האשה בתרא קי"ט ע"ב קיפא חזקה לשוק ורובא לשוק ומיעוטא דמיעוטא לא חיים ר"מ אף דכאן יש חזקת א"א וחזקת חי ס"ל לרמ"ה כיון דכבר נחתכו גידי שוקיו דנעשה טרפה דאינו חי כבר אתרעי חזקת א"א וחזקת חי.

וכ"ז לרבנן אבל ר"ש ב"א דאמר אין מעידין על המגויד דיוכל לכוות ולחיות עכל"ל או דס"ל דרפואה קרובה ושכיח הוא או דהי"ש גם היכא דאיכא חזקה ורובא ולכן רבא נדחק דמתניתין מיירי בסכין מלובנת ולר"ה כיון דלעיל דף קי"ט מוקי למתניתין דהיכא דאיכא חזקה לשוק ורובא לשוק תנשא.

ונ"ל ראיה דבתרי רובא תנשא מדאמרינן התם דף קכ"א במשאל"ם נ"ח למחילה של דגים דלא שכיחא הרי דאינו מהנמנע מדלא אמר דליתא רק נ"ש והא דכתבו תוס' שם אע"ג דרובייהו דלו"מ אי סליק קלא אית ליה מ"מ נ"ח לאותו רוב ולא תנשא לכתחלה כמו גבי גוססין דאין מעידין עליהן אעפ"י שרובן מתים עכ"ל והרי בלו"מ ובמשאל"ם יש תרי רובא להיתרא נ"ל דקלא דלו"מ נ"ה רוב גמור רק לס"ד דר"א הוי רוב מדרבנן וס"ל במשאל"ם סגי ברוב דרבנן כיון דמה"ת כבר מותרת וכה"ג כתבו התוס' בפ"ק דכתובות ד"ט בד"ה ואבע"א גבי רוב בלון דאונס קלא אית ליה והא דדייקי תוס' לאותו רוב ומ"ש כמו גבי גוססין כתבתי לעיל בסעיף הי' דהתם נמי כיון דרוב גוססין למיתה אי איתרמי דנשאר חי קלא אית ליה עוד נראה נהי דמשאל"ם רובן למיתה היינו בסתם בני אדם ולא בת"ח דהא הנהו דמייתי התם הש"ס דכולהו היו ת"ח ומקרא מלא אם תעבור במים אתך אני ונהרות לא ישטפוך אלא בת"ח יש רוב מחמת דאי סליק קלא אית ליה נמצא ליכא רק חד רוב ולהכי מייתי תוס' שפיר ראיה מגוססין ובשו"ת בית יעקב סימן ט"ית כתב ג"כ דבתרי רובא תנשא והקשה מהתוס' הללו ותירץ דס"ל לתוס' דאין רוב הנטבעים מתים עיי"ש ומלבד דמפורש להיפך בתוס' יבמות דף ל"ו ע"ב ובבכורות דף כ"ף ע"ב ובפ"ק דב"מ דף כ"ף ע"ב דרוב הנטבעין מתים אלא דבלא"ה מוכרח דא"כ למה אם נשאת נ"ת דאפ"ת כיון דנטבע אתרע החזקה מ"מ ספקא הוי ובאס"ת קאי כדפריך בכתובות דף כ"ב ע"ב גבי תרי ותרי איברא דריב"ש סימן שע"ט כתב דטבע במשאל"ם ושהו עליו עד שת"כ ואז הצלתו ע"י מחילה של דגים או שיצא במקום רחוק הוי מיעוט דמיעוטא ולא שכיח ומש"ה אמרו אם נשאת נ"ת עכ"ל אך תוס' ביבמות דף ל"ו ע"ב כתבו דהניצולין הן מיעוט המצוי וכן בפ"ק דב"מ כ"ף ע"ב כתבו דרובא מתים ולא כתבו דרובא מתים ועוד הא כתב המרדכי בסוף חולין בשם רבינו ברוך וריטב"א בע"ז דף ל"ד דל"ח מיעוטא דמיעוטא אלא אם כל מיעוט מענין בפני עצמו שבאין מתרי ספקי וא"כ במשאל"ם אאת"ל דהניצולין מעט מזעיר מ"מ לא הוי מיעוטא דמיעוטא ואין להקשות מהראיה שהבאתי ומהא דמשאל"ם דמותרת משום דמחילה של דגים ל"ש והא הוי המיעוט רק מחד ספקא די"ל נמי דהוי מתרי ספיקא שמא לא יש באותו מים מחילה של דגים דלא שכיח והוי רק מיעוטא ואת"ל יש מ"מ שהנטבע יתרמי לו המחילה של דגים ויכנס שם וינצל הוי גם כן רק מיעוטא דהא במשאל"ם דיש מחילות של דגים ואמרינן רק מיעוט ניצולין אף דמצטרף לו עוד הצלה דיצא מרחוק.

של"ב ראוהו שנפל לים ומעשה דנטבע ואסוקהו והכירו אחד שהוא בעל אשה פלונית והאשה אומרת דיש לבעלה פלעק תחת לבו גם פ"א בקע עצים ונתך ברגלו בדארף עהר האבין אהעפע ושלחו לבדקו ובתוך כך נתפח ואמר השליח שלא מצא בו הסימנים שאמרה אשתו ודנתי כיון דמראות עשויין להשתנות י"ל דהפלעק נשתנה ולא ניכר או דשאר הבשר סביב הפלעק נשתנה למראות הפלעק וכ"כ בשו"ת הוה"ש ריש סימן נ"ו דמראה ולבנונית וצהרות ודאי עשויין להשתנות אח"מ וא"כ אילו המכירו בטביעת עין אם היה נמצא הפלעק הו"א מחיים לא היה לו ואח"מ נשתנה לפלעק כזה ה"נ י"ל להיפך בעור שסביבו דנשתנה למראה כזה וא"צ רק להימרא חיישינן דנשתנה דהא בשו"ת הר"ן סל"ג כתב דכל שיש עדות ומספיק להתירה אלא שיש ריעותא מחמת סימן אחר שנראה ממנו שאינו הוא ואותו סימן עשוי להשתנות אין מטילין מחמתו שום ספק בדבר ובשו"ת הגאון ר"ז בעל התניא שאלה כ"ח כתב דשום מראה אינו סימן בין מראה לובן או שחור וכל גונים די"ל אחר מיתה נשתנה למראה זה וגם אינו עושה ריעותא כשלא נמצא אותו מראה שהיתה בשומא בחייו.

ומה שלא נמצא ההעפע ברגלו י"ל ג"כ מחמת הנפיחה נשתנה וכמ"ש מהרא"ם הובא בפ"ת ס"ק ק"כ דגם שי"מ בגופו משתנה לפעמים בנטבע ונתפח ועיין ב"ש ס"ק פ"ג וב"מ מ"ש בשם האק"ז ועוד אשתו לא אמרה דיודעת דבעלה היה לו סמוך למיתתו אותו ההעפע רק אמרה עהר בדארף האבין והיינו שלפי דעתה צריך שיהיה לו ואפשר דמיונה כוזב וכבר נתרפא לגמרי.

הג"ה נטבע בבגדים אלו עב"ש דוקא נטבע בבגדים אלו ולע"ד דה"ד להב"ש דדוקא דנמצא מיד דאל"כ חיישינן דיצא והשאילם לאחר ונטבע אבל להמבואר במהר"פ דאפילו נמצא אחר שני ימים מותרת ה"נ נ"ח לשאלה דקודם הטביעה דראשון כיון דסמכינן אאומדנא דרחוק זה שהיה לבוש בבגדים אלו נטבע וגם האחר שלבש בגדים הללו נטבע כמו דסמכינן אאומדנא דרחוק שהשאיל בגדיו לאחר שיצא מהמים ונטבע ג"כ ה"נ י"ל על חשש דהשאיל בעלה בגדיו קודם שנטבע אף דלא ראו שנטבע בעלה בבגדים הללו דמה לי שנאמר זה שהיה כבר לפני הטביעה היה לבוש בגדים אלו ונטבע בבגדים אחרים והשואל לבש בגדים של בעלה וג"כ נטבע או שנאמר דאחר שנטבע בעלה ויצא השאיל בגדיו לאחר ונטבע ג"כ ומה שהביא הב"ש מגע שאני משאל"ם דרק לכתחלה לא תנשא ומצאתי אח"כ בשו"ת ח"א סי"ג שכ"כ דל"ח לשאלה דקודם טביעה מטעם אחר עיי"ש.

כדי שתצא נפשו בריטב"א יבמות דף קכ"א ע"ב כתב דהיא שיעור שעה אחת וזה כדעת הב"ח בתשובה ומהרי"ט.

רגל של אחר הוא עיין בשו"ת שיבת ציון סימן ע"ט וסימן פ' דא"ל דאותו שהיה נימול ל"ל היינו זה שאבד דניזל בתר רובא ערלים והפ"ת ס"ק ל"ה תמה עליו גם בנימול רובא דעלמא אינם בעלה ונראה דמחלק בין הרוב והמיעוט מין אחד או הם שני מינים וכעין סברת התוס' רי"ד שהבאתי לעיל בסעיף כ"ד בד"ה ובנו"ב דדוקא אם הספק מאיזה מין הוא מין עכו"ם או מישראלים אמרינן מרובא דעלמא הוא וכ"ש כשמצאוהו יהודים ויש לדון אם גוי הוא ואינו מת מצוה ואינו מטמא באהל דאיתחזיק הרוב.

סל"ד ואם נשאת ל"ת כתב ב"ש ס"ק ק"כ ה"ה בכ"מ שעפ"י הרוב הוא מת ל"ת אם נשאת עפ"י חכם או בטעות אבל אלו דתני במתניתין אין מעידין תצא ריב"ש סימן שע"ט עכ"ל וריב"ש שם כתב דומיא דאינך דמתניתין דאין מעידין עד שתצא נפשו דאם נשאת תצא שהרי אין כאן עדות שמת והביא ראיה לדבר ובתוס' פ' החולץ ל"ו ע"ב בד"ה הא כתבו בשם ר"י דחיישינן למיעוט מצוי כמו במשאל"ם דאשתו אסורה וגוסס שאין מעידין עליו וכ"כ הרא"ש שם וכ"כ תוס' בהאשה בתרא ק"כ ע"ב בד"ה למימרא דתנן אין מעידין על הגוסס ולהריב"ש אם נשאה תצא וכן משמע לשון תוס' ורא"ש בפרק החולץ דבמשאל"ם כתבו דאסורה ובגוסס כתבו דאין מעידין משמע דבזה ליכא עדות כלל ותצא וכ"כ מהרח"ש בכונת התוס' וכן פירש כונת התוס' בדף קכ"א בד"ה ולא הוא סובא באחרונים וא"כ כיון דתוספת ורא"ש כתבו דמשאל"ם הוי מיעוט המצוי והשוו גוסס למשאל"ם למה לא שוו לענין דיעבד.

ונ"ל דס"ל דדי לאסור לכתחלה משום מיעוט השכיח שלא לעשות מעשה ולא בכבר ניסת דצריך לעשות מעשה להיפך. להוציאה אך בכתובות דף כ"ו ע"ב ובפרק החולץ דף ל"ו ע"ב איתא דחכמים עשו חיזוק לדבריהם למר כשל תורה ולמר יותר משל תורה לאסור גם דיעבד ופרש"י דלא לזלזלי בה ולא ליתי אחריני למיעבד הכי וא"כ ה"נ כיון דאסרו רבנן לכתחלה משום מיעוט המצוי היה מהראוי לומר תצא גם דיעבד לעשות חיזוק לדבריהם שלא יעשו אחריני הכי.

אך מבואר בכתובות שם ובתוס' יבמות שם דבמלתא דלא שכיח לא עשו חיזוק לדבריהם וה"נ דל"ש אין לחוש לגזור שאחריני יעשו כן וא"כ ה"נ לכתחלה אסרו להנשא במשאל"ם דמאותן הנטבעין מצוי שיהא ניצולין וכיון דאנו דנין על אשה זאת דבעלה נטבע ואולי ניצול אסרו לכתחלה כיון דמצוי שיהא ניצול משא"כ לגזור גם דיעבד משום דלמא יעשו גם אחרות כן לא גזרו כיון דיתרוני שיהא נטבע במשאל"ם זה גופא רוב המפרשין בים אין נטבעין והנטבעין מהם רוב אין ניצולין א"כ הוי מיעוטא דמיעוטא ולא שכיח לכן אין לגזור בדיעבד משא"כ גוסס דרוב מתים. גוססין קודם רק מיעוט עומדים וכיון דמשום המיעוט יש לאסור שלא תנשא תצא עשו חיזוק לדבריהם גם בדיעבד שתצא וכ"ז לר"י בעל התוס' ורא"ש לעצמו דלא ס"ל כר"ת דסמוך מיעוטא לחזקה והוי פלגא וגם לדידן דלא ס"ל כר"ת חיישינן אבל לר"ת דס"ל דקי"ל סמוך מיעוטא לחזקה והוי פלגא דלפ"ז מדינא הל"ל במשאל"ם דתצא לכן כתבו בר"פ הלוקח בהמה והרא"ש שם ובר"פ האשה בתרא דמיעוט הנמלטין במשאל"ם הוי מיעוט דלא שכיח אף בנטבעים מצד הצלה עצמו לא שכיח ולק"מ קושית הבית מאיר כאן סל"ב והאחרונים דתוס' ורא"ש דבריהם סותרין זה את זה אלא דקשה שיחלוקי במציאות אי מצוי אי לא מצוי ונראה דבין לר"י בין לר"ת הוי מיעוט המצוי בתחלה כדמצינו ביבמות דף קכ"א דהביא הש"ס מעשיות שניצולו במשאל"ם ע"י גלים וע"י מחילות אך הם לא אבד זכרם אבל שימלטו ולא יחזרו לביתם ויאבד זכרם ולא יחזרו ולא יודיעו ולא ישמע מהם זה אינו מצוי וזמן הנשואין אחר ג"ח הבחנה ואז אינו מצוי שניצולו ויתעלמו ור"י ור"ת לשיטתם דפליגי בהא דביצה ג' ע"ב בספק טרפה שנתערב באלף דלר"י אסורה אף דעכשיו הוי ס"ס כיון דתחלה כשנולד הספק טרפה הוי רק חד ספק לא מועיל מה שנצטרף אח"כ עוד ספק ולר"ת כשרין התערובת כיון דלבסוף נעשה ס"ס ה"נ בשעת נפילה למים נולד הספק ואז מצוי שינצל לכן אסרוה להנשא אף דאח"כ אבד זכרו ונעשה אינו מצוי משא"כ לר"ת כיון דלבסוף נעשה אינו מצוי הל"ל דלכתחלה תנשא לולא משום חומרא דא"א וגם בנולד ספק בבלי ב"י וא"כ נעשה אב"י דהוי ספק דרבנן מבואר בפוסקים דלר"י אסור ואף את"ל דיש לחלק כאן מספק טרפה שנתערב דהיה כ"מ תחלה קודם שנתערב משא"כ כאן בלא"ה אסורה מתחלה משום הבחנה הא לפמ"ש הט"ז בס"ס ק"י דלר"י אסור אפילו לא נודע הספק טרפות עד אחר שיתערב וכן בכל ס"ס צריך דוקא שא"א שיבואו הס"ס זה קודם לזה וא"כ ל"ל טעמו של ר"י משום דנודע הספק טרפות והחזקנוה לאיסור ועוד גם כאן כ"מ מיד אם ליכא עליה רק איסור אחד משום הבחנה או גם איסור א"א ואין לה כתובתה ומשום הבחנה יש לה כתובה מיד וגם כ"מ לענין אבלות והחזקנו תחלה בספק חי שמא ילא מרחוק.

ובתשב"ץ ח"א ענין פי' הקשה עמ"ש הרמב"ם בפ"ג מהלכות נחלות במשאל"ם ואבד זכרו היורשים יורדין לנחלה כמו דרובן למיתה הא אין הולכין בממון אחר הרוב וכתב שאם לאלתר היו יורדין לנחלה היה הקושיא חזקה אבל לא אמרו כן אלא עם צירוף דאבד זכרו עיי"ש אך במרדכי שילהי יבמות דאם יש עדים שנפל במשאל"ם נחתי יורשים לממון דגבי ממון אמרינן דמית וגבי איסור להנשא אחמיר ומדלא הזכיר דוקא דאבד זכרו משמע לאלתר והק"ל וכ"ל לפמ"ש בש"ס שמעתתא ד' פכ"ד דרוב עדיף מחמ"ק דהא דאין הולכין בממון אחר הרוב משום דחזקת ממון שהוא עכשיו מוחזק בממון אלים כמו הרוב אבל נגד חמ"ק עדיף הרוב שהוא השתא לפנינו אבל החזקה אינה רק חזקה דמעיקרא שהיה מעיקרא כך ועכשיו אין ידוע עיי"ש וא"כ במשאל"ם וכדומה דהספק אם יש בעלים לממון זה ל"ל דמוחזק לפנינו רק חזקת מרא קמא נגד זה רוב עדיף ואפשר מה שהצריך הרמב"ם לאבד זכרו משום דאין סומכין על הרוב נגד חזקה לכתחלה היכא דאיכא לברורי דמה"ט אין סומכין על רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן כי איכא קמן לבודקו כמ"ש מג"א בסימן תל"ז סק"ד וה"נ ממתינין עד שנראה אם אבד זכרו ומרדכי ס"ל דל"ד להתם דכשנבדקו אם הוא מומחה יתברר לגמרי משא"כ הכא עדיין אינו בירור מוחלט רק כתוסף אומדנא ועוד דפסידא טובא ליורשים אם יוכרחו להמתין ובכה"ג י"ל א"ל לברורי וכה"ג כתב בשו"ת גב"ש קס"ו לענין ס"ס בפרה המולבנת ונולד בה ספק טרפות דא"ל להמתין

יב"ח

יב"ח עיי"ש ולפ"ז נראה אם ירדו היורשים לנחלה טרם שאבד זכרו תיכף אחר שנטבע אפילו אחר התראת ב"ד מ"מ לא יזדקקו הב"ד לסלקם חדא דבפלוגתא דרבוותא ומהני תפיסה בקרקע גם אחר שנולד הספק כמ"ש בספר ת"כ סימן ל"ו וכאן המרדכי לא התנה שאבד זכרו ועוד י"ל גם לרמב"ם רק לכתחלה צריכים להמתין וכמ"ש.

סל"ז והתירוה עב"ש ס"ק ק"ט דבסוטה שנאמן מדאורייתא אפילו לא פסקו עדיין היא כשרים ומשא"כ כאן דא"כ רק מדרבנן לכאורה אין שום טעם וסברא לזה ועוד להרא"ה ולתשב"ץ בדעת הרמב"ם דה"נ נאמן מדאורייתא אך בלא"ה קשה כיון דנאמנת העד משום דעל"ג לא משקר איך יוכחש מהאומר לא מת דזה אינו על"ג ונראה משום דהאומר לא מת מסייעו חזקת א"א וכ"ש לריב"ש דיש שתי חזקות חזקת חי דבעל וחזקת א"א דחשיבי כרוב ועל"ג דלא משקרי רק עפ"י הרוב ובנו"ב בתק"ע סימן כ"ח הוכיח דעל"ג ל"מ נגד חזקה מיבמות דף מ"ז דגר שאמר נתגיירתי בב"ד פלוני אינו נאמן ואין ראיה דשאני גוי דפיהם דיבר שוא בנידי דשייכי בה משקרי אף דעל"ג ואפילו מסל"ת כדאיתא בגיטין דף כ"ח ע"ב מ"מ גוף הסברא נכון לכן י"ל כהי דעל"ג לא אלים מחזקה מ"מ תו הוי כאיסור בעלמא דליכא חזקה ונאמן לומר מת כמו עד בעלמא בלא על"ג ואי גם בדבר שבערוה בלא איתחזיק איסור א"א נאמן אחד מה"ת ה"נ נאמן מה"ת ואם בדשב"ע א"כ מה"ת ל"ל דנאמן רק מדרבנן ולכן כשבא אח"כ ע"א ואמר לא מת הוי ע"א בהכחשה כיון דעל"ג לא עדיף מחזקה אך אחר שהתירוה כבר יצאה מחזקת א"א וכמ"ש כה"ג ריב"ב בתוס' כתובות כ"ו ע"ב בתוס' ד"ה אכן אז נאמן יותר זה שאמר מת משום דעל"ג ובירושלמי רפ"ג דיומא הובא בתוי"ט מוכח דע"א נאמן באיתחזיק איסורא אם על"ג דמה דפריך וע"א נאמן ע"כ משום דאיתחזיק לילה השוב חזקה וכדאיתא בפ' בכל מערבין דף ל"ו בהא דככר זו היום קודם.

ובבית יעקב כתובות כ"ב ב' כתב דלאחר שהתירוה הב"ד עומדת בחזקת היתר כמ"ש רש"י ביבמות פ"ח ב' בד"ה ועשו והוי. כאשה העומדת בחזקת פנויה ולאי דאין להעד הב' נאמנות להוציא מחזקה דאין ע"א נאמן להוציא מחזקה את"ד וכה"ג כתב תב"ם סימן י"ח ס"ק כ"ט דדבר שביד האדם בחז"ה אע"ג דלית ליה חזקה ברורה מתחלתו אין מוציאין היתרו כ"א בראיה ברורה כמו שאין מוציאין ממון מיד המחזיק לכן כשנאבד הסכין ורשאי לאכול ה"ל כמוחזק בידו בהיתר אין מוציאין אותו ממנו כ"א בראיה ברורה את"ד וק"ל א"כ למה כשהותרה בב"ד עפ"י אשה ואח"כ באו שני פסולי עדות ואמרו לא מת תצא כדאיתא ביבמות פ"ח ב' וקי"ז ב' הא כבר הותרה והיא בחזקת פנויה איך תתסר עפ"י שני פסולי עדות.

ואם נשאת לעד וכו' כדעת ראשונה הוא בירושלמי מימרא דר' יוחנן ודעת י"א דתצא משום דע"א בהכחשה ל"כ ומוכיח כן מדלא מוקי אביי מימרא דר"י בפ"ב דכתובות כ"ב ב' בכה"ג ולפימ"ש בסמוך בשם המרדכי בפהא"ר שע"ד דאם עד ראשון נאמן מן התורה אם בא אח"כ עד והכחישו ליכא משום לזות שפתים עיי"ש ה"נ תליין השתי דעות בזה דלרמב"ם דע"א נאמן מדאורייתא ל"ח על שני להכחישו רק לכתחלה ובסמוך אכתוב דאביי ס"ל דע"א רק רבנן הימנוה ולא קי"ל הכי דר"י גופא לא ס"ל הכי בירושלמי גם הדעת נותנת כיון דעד שאומר מת אכן סהדי דלא משקר כיון דעל"ג הוי כתרי לגבי הסכי שאומר לא מת דזה לא על"ג ודעת רמב"ן ל"ל כיון דמדאורייתא גם האומר מת לא מהימן רק מדרבנן קלים הימנותיה ומסתיין כשלא הוכחש מאחר ול"ל משום דכנגד על"ג יש חזקת א"א וחזקת חי דכיון דכיסת להעד ואומרים ברי שמת אין להוציא מחמת החזקות דחזקה אינו רק למי שמסופק וכמ"ש ר"י בתוס' פרק הא"ר ל"ג ב' בד"ה ואי חזית ומהרש"א שם פ"ח ב' ובח"ר קידושין דס"ו ופנ"י כתובות כ"ב ב' דכיון דאומרים ברי אין הב"ד נזקקין מחמת החזקה.

הג"ה משום לזות שפתים ל"ת כן הוא בכתובות כ"ב ב' דאביי ומתרץ הכי דברי ר' יוחנן ורמב"ם השמיטו וכ"ל משום דאביי אמר ע"א אומר מת המניה רבנן כבי תרי ואיתא במרדכי בפרק הא"ר סי' ע"ד משום דע"א לא מהימן מדאורייתא אסרו לכתחלה משום לזות שפתים ורמב"ם בהי"ג מה"ג לדעת תשב"ץ ונו"ב סל"ג ס"ל דע"א נאמן מה"ת וקשה דהא אביי קאמר בפירש המניה רבנן ונראה לפימ"ש בעצי ארזים סק"א ובנוב"ת סי' קמ"ז דלר"כ דס"ל ביבמות דף ל"ב דנשאת עפ"י ע"א ובא בעלה פטורה מקרבן דהוי כעשה עפ"י הוראת ב"ד ע"כ ס"ל דע"א א"כ רק דרבנן הימניה הוי הוראות ב"ד אבל זעירי ורבא דס"ל התם דלא הוי עפ"י הוראות ב"ד וחייבת קרבן ס"ל דע"א נאמן מן התורה עיי"ש א"כ נדחו דברי אביי דהלכה כרבא נגד אביי ועוד דאביי פירש כן דברי ר' יוחנן והרי בירושלמי בפרק הא"ר מבואר דר"י פסק דחייבת בקרבן וע"כ אביי לא ידע זה וא"כ לדידן לרמב"ם ליכא משום לזות שפתיים בע"א כשר שהעיד שמת והתירוה ואח"כ בא ע"א כשר והעיד שלא מת.

הבעל בר"ו כתב הבעל שבא אינו מצטרף דנוגע בעדות ובעצ"א ס"ק קנ"ג הקשה הא גם לדבריו אסורה לחזור לו ומאי נוגע ואפשר מש"ה הגיה הרמ"א בכמ"י ובר"ו וכותב הבעל שני שנשאה א"ד ולפימ"ש הש"ך בחו"מ סי' ל"ד ס"ק כ"ח ושכן דעת הרמ"א שם בהגהה לי ברבית דחשוב נוגע אף דא"כ לעצמו מ"מ הוא א"י הדין ה"נ נוגע דקסבור דמותרת לחזור לו וגם תחויב להחזיר לו הכתובה וגם כשמודיעין לו אח"כ הדין ומ"מ עומד בדברו נוגע דעביד לאחזוקי דיבוריה ואינו דומה להא דקידושין ס"ג ב' באומר אני קדשתיה דנאמן ליתן גט משום חזקה דאא"ח ולא לו דהתם שהוא מתירו במעשה שנותן הגט נאמן משום החזקה כמ"ש הפנ"י שם ובי' בפ"ב דכתובות דכ"ג ולכן י"ל דמשום לאחזוקי דיבוריה לא עביד כולא האי להתיר א"א לעלמא במעשיו ועוד התם א"ל להודות דשקר אמר רק לא ירצה ליתן גט ומתורץ בזה קושית הסמ"ע בפ"ט מה"א הי"ב ולפ"ז כשבא אחד ואמר יודע אני הדין דאסורה לחזור לראשון ואין נאמן לומר אני בעלה שתחזיר לו הכתובה ומ"מ אני אומר שאני בעלה מצטרף.

שנשאת עפ"י אשה ובאו שתי נשים או פסולים של דבריהם בשו"ת רע"ק סי' קי"ג הקשה הא בב' עדים פסולין מדבריהם אף אם בא תחלה ע"א כשר הדין דתצא כיון דמדאורייתא הם כשרים והוי תרי לגבי חד והיא א"א גמורה וחייבים עליה מיתה וחטאת וכן הקשה בשו"ת נט"ם והוכיח מזה

תרתי

תרתי דס"ל לרמב"ם ע"א כשר נאמן מן התורה וחשוב כתרי וכשבאו אח"כ שני עדים כשרים אחר שהתירוה הוי כתרי ותרי מן התורה וכשנשאת להעד האומר מת וגם היא אומרת ברי שמת לא תצא עיי"ש ולריב"ש דס"ל כדעת הרמב"ם דע"א כשר א"כ רק מדרבנן הק"ל דהא הך ליתא שבש"ע מקורו ברמב"ם פי"ב מה"ג ה"כ.

ונ"ל דהנה ברמב"ם בפ"ד מה"א ה"ו כתב המקדש בפסולי עדות מד"ס צריכה גט ממנו מספק עיי"ש וטעם הספק משום דלהרי"ף אלי"ג רק הראשונים חולקים עליו או דמספ"ל כמ"ש תוספת בפ"ק דב"מ ד"כ בד"ה שובר כיון דלענין ממון הקנו דעבז"ל ל"פ גם לענין איסור ויש כח בידם לעקור דבר מה"ת והנה גם כאן דהימניה לע"א מדרבנן עקרו לקידושין דיש כח בידם וכמ"ש תוספת בפרק הא"ר דף פ"ח בד"ה מתוך וכ"ד רש"י בשבת דף קמ"ה וכ"פ דמשום דאפקיענהו רבנן לקידושין ותמה נמ"י שם ר"פ הא"ר דא"כ למה בניסת ובא בעלה אחיו של ראשון חולץ מה"ת ואחיו של שני מדרבנן עוד הקשו למה הולד משני ממזר מה"ת הא כבר עקרו לקידושין מראשון אפילו אם בעלה חי והמחוור כתירוץ האחרונים דעקרו לקידושי ראשון עפ"י ע"א על תנאי אם לא יתברר אח"כ ששקר העיד אף אם באמת חי ולפ"ז כשניסת עפ"י ע"א אפילו בעלה חי בהיתר נשאת בודאי רק אם נתברר אח"כ שבעלה חי לא נתקיים התנאי וא"כ בבאו אח"כ פסולי ד"ס ואמרו לא מת דהוא ספק אם עשאום חכז"ל כפסולי תורה ולא עדיפי מהעד כשר שהעיד תחלה דבעלה מת וניסת לו בהיתר ולא חשוב בירור כמו אם באו נשים ואמרו לא מת דלא תצא או עדיין נשארו בכשרותם מן התורה והוי כתרי כשרים לגבי חד הרי ספק בתנאי אם כה"ג נכלל בתנאי ולא נתקיים התנאי ומבואר בשו"ת רשב"א תתקע"ב במכר קרקע לחברו ובאו שני עדים שמכר בתנאי ולא נתקיים התנאי ושנים מכחישם ואומרים לא היה תנאי אע"ג דבתרי ותרי קיי"ל דאוקי קרקע בחזקת מרא קמא שאני תנאי שלדברי כולם לוקח זה ירד ברשות וקנה אין מוציאין מידו אף דאין תפיסה בקרקע וכ"כ ריטב"א בתשובה הובא בב"י חו"מ סמ"ו וא"כ ה"נ דנשאת בהיתר אף דהיה בעלה חי ונולד לנו ספק ע"י פסולי ד"ס אם חשיב בירור דבעלה חי ולא נתקיים התנאי לא תצא ולפ"ז בבאו הע"א כשר ושנים פסולים מדבריהם בבת אחת נאמנים השנים דלא מת ולא הוי כמחלה על מחלה דכ"ז דלא התירוה ולא ניסת הוי הספק אם שנים הפסולים אינם פסולים רק מדבריהם ונשארו כשרים לפי ד"ת ואזי העד שאומר מת הוי חד נגד תרי ואת"ל דנפסלו לגמרי כמו מד"ת עדיין הוי רק כמע"מ וא"כ אם ניסת אח"כ אפילו לאותו עד תצא ובזה מדויק לשון הרמב"ם וש"ע דמעיקרא בניסת ואח"כ באו הפסולים פירש פסולים מדבריהם ומיד בדין באו בב"א כתב או פסולים אומרים לא מת הרי כמע"מ ולא כתב פסולים מדבריהם.

ואם נשאת לאחד מעידיה עב"ש גרס לאחד מעדים וכתב הלשון תמוה דהא ליכא כאן אלא ע"א ונ"ל דיש לפרש אפילו נשאת לאותו עד מהפסולים שאמר לא מת לא תצא דכיון דנשאה הרי חזר בו ממה שאמר תחלה לא וכמ"ש לעיל סי' וא"ו סי"ג על הב"ש ס"ק כ"ה כה"ג והבאתי ראיות עיי"ש וכיון דיש כאן הכחשה יכול לחזור בו ולומר מוטעה הייתי וכמ"ש בשעמ"ש סימן כ"ט ס"ק ב' וגם נ"ל בזה שאכמ"ד אפילו חוזר בלא אמתלא כמ"ש המל"מ פ"ט מה"א הכ"א מכתבי מהרי"א סימן רכ"ו וכ"ש כאן כיון דהיה הכחשה מיד תלינן דחד לד טעה בדדמי כיון שלא היו תרי ותרי עדים כשרים וכמ"ש בכתובות סימן ל"א וכיון שזה שאמר לא מת נשאה הרי חזר בו ונהי דאין ראיה מזה רק דמה שהעיד מתחלה דלא מת היה בטעות אבל מ"מ אפשר דהוא אינו יודע אם מת אם לא ונשאה על סמך שהאשה עצמה וע"א כשר אמרו דמת מ"מ כיון דע"א כשר נגד הפסולים הוי כמע"מ י"ל דמה שהאשה בעצמה אומרת ברי שמת נאמנת אפילו להנשא לאחר שאינו יודע אם מת הבעל דאינה בטלה נגד הפסולים ורש"י פירש בפרק הא"ר דף פ"ח ע"ב בד"ה ועשו דנאמנת על עצמה יותר מאלף פסולים ול"ד לדלעיל בריש סעיף זה בעד נגד עד אף דאומרת ברי לי שמת תצא אם לא שנשאת להעד שהעיד לה שמת דהתם נגד עד כשר בטלה ואין בעדות אשה וכ"ש על עצמה שום הכרעה נגד עד כשר וכמבואר כאן סק"ח משא"כ בכאן דהאומרים לא מת פסולים וא"ש מה דברים סעיף זה כתב דנשאת להעד שהעיד לה וכאן כתב לאחד מעדים או לנוסח שלפנינו לאחד מעידיה אלא הכונה כאן אפילו נשאת לאיזה מעידיה ואפי' הוא מן הפסולים שאמר מעיקרא לא מת וכן פירש הט"ז לקמן סעיף מ"ב ס"ק כ"ה דלאחד מעידיה היינו אפילו מאותם שהעידו לא מת ואף דרמב"ם וש"ע לא ס"ל כרש"י דנאמנת על עצמה יותר ממאה פסולים וכמבואר כאן בסעיף זה או שנשאת עפ"י עצמה ובאו שתי נשים וכו' מ"מ כאן דע"א כשר מעיד שמת בעלה ומכחישים הפסולים שמעידים דלא מת והן כמע"מ אזי י"ל גם לרמב"ם נאמנת להנשא לכל ונקט לאחד מעידיה לרבותא דאף דזה שהעיד לה דמת בעלה נשאה יש לומר דאגלאי מלתא דמש"ה העיד לה מ"מ לא תצא וכן אם נשאת לאחד מהפסולים שהעיד דלא מת יש רבותא אף דמעיקרא אמר לא מת ובפ' הא"ר פ"ח ב' אמר היכא דאתא ע"א כשר מעיקרא אפילו מאה נשים כע"א דמיין וכו' אבל שתי נשים באים אחד כפלגא ופלגא דמי עיי"ש וי"ל חדא הא כבר אמר מאה נשים כע"א דמיין ועוד תחלה אמר כע"א דמיין וכאן שינה ואמר כפלגא ולפמ"ש י"ל דתחלה במיירי באתא ע"א מעיקרא לא אכפת לן אפילו יהיו הנשים כע"א מ"מ כבר הותרה ע"י העד וחשוב כשנים ולבסוף קאמר בבאו בב"א דאם היה אומר כע"א דמיין אפילו באה האשה בעצמה או אחרת ואמרה דמת כמו הע"א לא מהני כמו בע"א אומר מת וע"א אומר לא מת דתצא אם לא נשאת להעד שאמר מת ומשום דע"א כשר נגד אשה כתרי עדים חשוב כדאמרינן בסל"ח אפילו הותרה ונשאת עפ"י אשה או עצמה ובא ע"א ואמר לא מת תצא אף דהותרה וחשובה ראשונה כשנים מ"מ האחרון הכביד לחשבו כבאו שני עדים ואמרו לא מת דתצא כשנשאת עפ"י ע"א כשר ולכן אין הכרעה מחמת האשה דמסייעת לומר מת נגד עד כשר ע"כ אמר כפלגא ופלגא דאזי אם תבא אשה לסייע לעד שאומר מת הוי הכרעה ותנשא גם למי שאינו יודע שו"ר בהגהות הגאון רעק"א ז"ל על סעיף זה והובא בפ"ת ס"ק קמ"ח העיר כן דבע"א כשר נגד ע"א כשר לא מהני צירוף אשה שאומרת נ"כ מת דלעולם אין ע"א כשר נדחה רק ע"י שני עדים כשרים משא"כ בפסולים המכחישים לע"א כשר שאומר מת ומצטרפת אשה האומרת מת לע"א כשר והוי כרוב ועיי"ש.

ובכתובות כ"ב ב' ת"ר שנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת אם נשאת לא תצא ורמבר"י אומר תלא אבל נשאת ואח"כ באו עדים לא תצא מכדי תרי ותרי נינהו הבא עליה באש"ת קאי אר"ש כגון שנשאת לאחד מעדיה היא גופה באש"ת באומרת ברי לי פרש"י לאחד מעדיה שאמרו מת ויל"ד פשיטא דאיך ה"א לאחד מעדיה שאמרו לא מת כ"ש דתצא ועכצ"ל כמ"ש כיון שנשאה חזר בו ונשאר רק חד שאומר ל"מ נגד תרי שאמרו מת ולשון אחד מעדיה י"ל כמ"ש הטו"ז דקאי כמ' על זה שאומר לא מת ולכן שלל רש"י זה דא"כ מה פריך ה"א גופה באש"ת הא תו ליכא רק חד נגד תרי ועוד תקשי לרמבר"י דניסת ואח"כ באו עדים ל"ת דליכא לפרש שניסת לעד שאמר לא מת וחזר בו דהא בא אחר שניסת ובתוספת פחז"ה דף כ"ב בד"ה אבן הקשו אהא דנשאת ואח"כ באו עדים דל"ת הא בתרי ותרי מדאורייתא אית לן לאוקמוה על חזקת א"א וה"ל לצאת אף דנשאת לאחד מעדיה והקשה מהרש"א למה הקשו מנשאת ואח"כ באו עדים דרמבר"י הא גם מת"ק דמיירי בניסת אחר שבאו העדים קשה ולפימ"ש י"ל דמת"ק ל"ק די"ל שניסת להעדים שאמרו תחלה לא מת כיון דנשאת חזר בו והוי כאמר בפירש מוטעה הייתי ואה"נ כיון דנשאת ואח"כ באו עדים ע"כ מיירי שלא ניסת לאחד מהעדים שאמרו לא מת גם ת"ק לא מיירי בהכי ולכן הקשו תוספת קושייתם בכתובות משמעא דברייתא אך כיון דכ"ז מוכח רק מדברי רמבר"י דאמר נשאת ואח"כ באו עדים ל"ת לכן הקשו בב"ב אהא דנשאת ואח"כ באו עדים.

סק"ט ל"ת אלא ברשות ב"ד וכו' עמו"ח ול"נ משום דמדאורייתא צריך שני עדים כשרים רק רבנן התירו ומשום דיש להם כח בדבר שיש קצת טעם וסמך כמ"ש תוספת ביבמות בד"ה מתוך או דאפקינהו לקידושין מיניה דאדעתא דרבנן מקדש כפרש"י בשבת דף קמ"ה לכן צריך ביתיריה ב"ד בשעת מעשה וכדאיתא בב"מ פה"כ דף ע"ן דיהבינן בב"ד ופירש שם רש"י בפני ב"ד שיש להם כח להפקיר הכי דלא סגי במה שתקנו כבר רק צריך בית דין בשעת היתר שאז עושים ההיתר בכחם וגם אדעתא דרבנן מקדש היינו אם רבנן ישבו ויפקיעו הקידושין יהא נפקע ובזה מובן מ"ש תוספת בפ"ב דכתובות כ"ב ב' בד"ה א"ה דחשוב כב' בזא"ז בדרבנן כמו בדאורייתא בב"א וב"י שם כתב דתמוה דאין שום טעם בזה ולפימ"ש ה"ט דטרם שהתירוה ב"ד עפ"י העד אינו נאמן דאין דבב"ע פחות משנים ורק ע"י כח הב"ד שמתירין נתקבל עדותו כתרי והם אמרו דוקא אם ליכא עד המכחישו אז.

ובב"ש והגהות טו"ז כתבו דצריך ב"ד שלשה משום דאיכא כתובה למשקל וגם חשוב כד"כ ולעיל סי' ע"ו סק"ז כתב בית שמואל סק"כ דאין ע"א נאמן להעיד לאחד שמתה אשתו היכא דיש חדר"ג דכ"ד שהוא בחזקת איסור א"כ ע"א עכ"ל ונראה דמ"מ א"ל שלשה לקבל העדות כיון דליכא טעמא דכתובה וד"כ הוי רק כשאר איסור דכתבו הפוס' בגיטין דף כ"ט ונתיבות סי' כ"ח סק"ז דבאיסורין אף היכא דצריך שני עדים סגי כשמעידין חוץ לב"ד ובגוף דברי ב"ש צ"ע דהא בירושלמי ר"פ אמר להם הממונה פריך האיך נאמן ע"א לומר האיר המזרח ומשני משום דעל"ג ועכצ"ל דס"ל דחשוב איתחזיק איסורא דלילה וכדאיתא בעירובין דף ל"ו באמר ככר זה היום קודש עיי"ש ולכן תמה האיך נאמן ע"א ומשני משום דעל"ג הרי דנאמן ע"א היכא דאיתחזיק איסורא אם על"ג וה"נ במתה אשתו על"ג ומ"ש הכו"ב בתק"ע סי' כ"ח דאין ע"א נאמן באיתחזיק איסורא אף דעל"ג ומדאינו נאמן לומר נתגיירתי בב"ד פלוני כדאיתא ביבמות דף מ"ז לע"ד אינו ראיה דהכי דסברא דעל"ג לא אלים מחזקה מ"מ נשאר כעד אחד דעלמא דנאמן באיסורין כשלא איתחזיק איסורא והיינו כשהוא ודאי ישראל אבל באומר נתגיירתי דהוה ספק גוי אפילו תאמר אוקי החזקה ועל"ג זה כנגד זה גם בלא חזקה אינו נאמן ועוד דזולת החזקה מעיד כנגד רובא דעלמא שהם גוים ועוד כתבתי לעיל סל"ז דגבי גוי היכא דשייך בה ונוגע לא מהני סברא דעל"ג כדאיתא בגיטין דף כ"ח ע"ב אך ברמב"ם פי"ג מהא"ב ה"ז כתב בא ואמר נתגיירתי בב"ד של פלוני א"כ לבא בקהל עד שיביא עדים וכן הוא ביו"ד סי' רס"ח ס"י וקשה ליסגי בע"א כשר דהא על"ג וכו"ב סי' כ"ז הוכיח דנוגע כשר אם על"ג ומהא דיבמות ע"ז בהא דעמשא שאמר מב"ד של שמואל דהלכה עמוני ולא עמונית אף דהורה לאחר מעשה והיה נוגע כמ"ש תוספת שם ומשום דעל"ג והקשה למה כשאומר נתגיירתי בב"ד פלוני א"כ אלמא דנוגע א"כ אף דעל"ג ובש"ס ס"ז פ"ו תירץ כיון דהיה בחזקת נכרי א"כ רק בעגונה ומשל"ת עיי"ש ותמהני איך לא הרגישו דמבואר ברמב"ם וש"ע דצריך עדים הרי גם ישראל שאינו נוגע לא מהימן ול"ל משום דיש לדחות דמיירי שהעדים אין אומרים שנתגייר בב"ד פלוני אבל לא משמע כן ולכן נ"ל לפימ"ש ריטב"א בר"פ אם אין מכירין אף דע"א נאמן באיסורין דוקא במעיד על גוף האיסור ולא במעיד על האדם שהוא כשר ואינו חשוד דבזה צריך שני עדים להעידו ולפ"ז א"ש דבהך דעמשא שהעיד רק על ההלכה דעמוני ולא עמונית דע"א בעלמא נאמן רק התם חששו מחמת שאמר אחר מעשה לזה מועיל דעל"ג לא משקר משא"כ אם ע"א מעיד על גוי שנתגייר בב"ד פלוני כהי דעל"ג עומד כנגד החזקה מ"מ גם בלא איתחזיק איסור להעיד על אדם צריך שני עדים כמ"ש הריטב"א אבל בשדנין על איסור דע"א נאמן כשלא איתחזיק איסור אזי גם באיתחזיק נאמן כשעל"ג וכהך דירושלמי רפ"ג דיומא ומחנה אפרים הלכות עדות סי"ט הוכיח כמ' מהטור ורמב"ם ומר"פ ראוהו ב"ד דלהעיד על אדם שהוא כשר צריך שני עדים.

סעי' מ"א אם שנים עב"ש ס"ק קכ"ז אם אחד אומר ששמע מרבים עדיף מאחד שאומר ששמע מאחד ולא כמח"ח דשקולים הם. דבר זה מבואר בירושלמי פ"ק דנדה ה"ב אחד אומר שמעתי מפי שנים ושנים אומרים שמענו מפי אחד יפה כח האחד ששמע מפי שנים מכח השנים ששמעו מפי אחד עכ"ל וכ"ש אם אחד אומר מפי שנים ואחד אומר ששמע מפי אחד ואין שום סברא לחלק ולומר דשאני התם דמיירי לענין אם שמעו איזה הלכה דהא הכי נמי האמינו לעד מפי עד.

סעיף מ"ב בהג"ה אם יצא קול ד"ז מפורש ביבמות דף ל"ב דאמר רב אסי נקלא ל"ח ופריך אי קלא דבתר נשואין האמרה ר"א חדא זימנא דאר"א כל קלא דבתר נשואין ל"ח לה מ"ד הואיל ואתאי לב"ד ושרינן לה כקלא דקמי נישואין דמי ותתסר קמ"ל פרש"י הואיל והולכה לבא לב"ד להתיר אלמא בשי הוה מספקינן ליה קודם נישואין והלכך כמי שיצא הקול מאותו שעה דמי קמ"ל וכל הפוסקים לא הביאו ד"ז זולת רי"ו וב"י והג"ה זו בשמו.

וכ"ל

ונ"ל דיל"ד דאיך ה"א כמי שילא הקול מאותו שעה דהא בפרק האשה שלום קי"ז ב' הנן ע"א אומר מת ונשאת ובא אחר ואמר לא מת לא תלא כיוא כמי כיון דאתאי לב"ד ושרינן לה כבא העד מקמי נישואין דמי הא קלא נמי היינו עמפ"ע פלוני שמע מפלוני ופלוני מפו"פ כדאיתא בגיטין דף פ"ט ולקמן סימן, מ"ו ה"נ כיוא כאלו אתי העד מקמי נשואין דאדרבה עד עדיף מעמפ"ע ואף אם כיוא קלא חמיר היכא דחזקה מסייע לקלא כמו להעד וכמ"ש בית מאיר כאן היינו לענין לאוש אבל לומר כיון דאתאי לב"ד ושרינן לה כקלא דקמי נשואין דמי אין שום סברא לחלק דה"נ היכא דהעד האומר לא מת אוסרה להנשא כמו קלא כיוא ג"כ אף דבא אחר נשואין כאלו כבר בא דמ"ש דאידי ואידי חד טעמא דהוי כמולד הספק מקמי נשואין ולי"ל דלפי המנהו דתימא ה"א מה דתנן ונשאת ובא אחר דלא אתאי לב"ד להתירה אלא נשאת על פי העד שלא היה לבה נוקפה וכדמוקמינן שם דף פ"ח ע"ב ובכתובות כ"ב ע"ב דאומרת ברי לי ופרש"י אלו היה חי ודאי היה בא ועיין לעיל קל"ט דנשאת בלא התרת ב"ד ובא ע"א אח"כ נמי לא תלא ולפ"ז לא היה קשה מה דפריך בדף ק"ז ע"ב שם לעולא טעמא דנשאת הא ל"כ תלא והאמר עולא כ"מ שהאמינה תורה וכו' די"ל במקום אחר כשבא ע"א מעיקרא והימניה תורה הוא כב' רק הכא דאתאי לב"ד ושרינן לה הוי כאלו בא העד קודם וכאלו באו בב"א דמי ורק בנשאת מעלמה עפ"י העד אז לא תלא אבל כאשר גילה רב אשי אף דאתאי לב"ד ושרינן לה לא הוי כקלא דקמי נשואין ה"נ כשבא ע"א לאחר שהתירוה ונשאת ומבל"ל תירץ הש"ם דל"ד נשאת אלא התירוה להנשא וכיון שהביאו כל הראשונים הך דהתירוה להנשא ובא אח"כ ע"א ואמר לא מת לא תלא ומתירה מו לא צריכין להך דלקלא ל"ח ורב אשי מעיקרא אמר זה ברי"פ הא"ר דלקלא ל"ח וקמ"ל דלא הוי כקלא דקמי נשואין ואחר זה נמשך קושית הש"ם ותירולו בפרק האשה שלום דף ק"ז ע"ב ומיושב בזה קושית התוספת ביבמות ק"ז ב' בד"ה הא דלאביי דמוקי בכתובות כ"ב ב' דר"י בע"א אומר מת והתירוה ובא ע"א ואמר ל"מ ל"ת ואם נשאת ל"ת דמה קמ"ל מתניתין הוא ביבמות שם ולפימ"ש י"ל דממתניתין ה"א דוקא כשנשאת בלא התרת ב"ד אבל כשבאה לב"ד להתירה הוי כבא עד שני מקמי שהתירוה ולפי מה דפליג רבא ורב אשי בכהובות ואוקמוה לדר"י באופן אחר לא נשמע סברת רב אשי מדר"י והולכך רב אשי להשמיענו כזאת.

עוד כ"ל דמה שפרש"י כיון דאתאי לב"ד ושרינן לה כילא הקול מקמי נישואין דמי כיון דהולרכה לבא לב"ד אלמא בחי הוה מספקינן לה הוא מקושי ההבנה דאיך משום זה יהא כאלו הקול ילא אז ואדרבה כיון דב"ד שרי לה אם הוי איזה נדנוד ספק לא היו מתירין אותה דהא בשאלו"ם דרובא מתים ואפילו בלו"מ דאם איתא דעלה קלא הוי ליה אין מתירין הב"ד אותה וכ"ל דרב אשי לשיטתו דבגיטין שם דף פ"ט ע"ב מחלק בין קלא דבתר נישואין לקלא דבתר אירוסין ולריך טעם דאם כפרש"י שם דבתר נישואין אם יגרש ראשון תהא אסורה לחזור לשני א"כ כאן אפילו קמי נשואין דתתסר לכ"ע יש להקל יותר ואם משום דלא להוליאה מחזקת בעלה ה"נ י"ל באחוסה וכ"ל כיון דחשש קלא רק מדרבנן לא חשו בתר נישואין דא"כ אתה מוליאה ש"כ שנתקדשה מעיקרא לאחר ונשאת לזה באיסור א"א והרבה חששה תורה לזה כדאיתא בב"מ דף קע"ו ורבנן חששו דלא לחשוד כדאיתא בפרק הזהב דף כ"ח ודוקא נשואה דעבדה איסורא ולא חלקו בין נבעלה או לא כדאיתא לעיל סימן ז"ין ס"ב שכל נשואה בחזקת בעולה ולכן ה"א כאן כיון דאתי לב"ד ושרינן לה הוי כאחוסה כדלקמן סימן זה סכ"א אין לחושדה בפשיעה לכן כקלא דמקמי נישואין הוא ואפ"ת דאין זה טעמו של רב אשי דמחלק בין נשואה לארוסה מ"מ היה מקום לומר כן והולכך לומר דה"נ הוי קלא דבתר נישואין ולכן אנן דקי"ל בגיטין דל"ש קלא דבתר אירוסין ל"ש בתר נישואין תו ליכא למטעי וממילא הוי בכלל דכל קלא דבתר נישואין ואירוסין ל"ח לכן השמיטוה כאן ובעל"א כתב כיון דקלא חמיר מע"א היכא דאין חזקה מסייע לע"א כמ"ש תוס' בכתובות דף כ"ו והכא החזקה מסייע לקלא לכן לא קי"ל הכא כר"א וגם בתר נישואין מפקינן לה ע"י קלא עיי"ש ולא נראה לדחות הלכה פסוקה בר"ו וב"י. ורמ"א והש"ם ואיך שתקו הראשונים מלומר דלא קי"ל כרב אשי ועכל"ל דשאני הכא דחזקה דדייקא ומנסבא ומלתא דעל"ג לא משקרי מסייעו לעד שאמר מת עדיף מקלא וגם כשנשאת י"ל כבר הוחזקה בהיתר וכמ"ש לעיל מתשובות שור סימן ח' וגם כיון דמעיקרא בא העד והותרה ונשאת ע"י הוי כשנים עדים מעידים לפנינו דמת ועדיף מקלא.

ובפרק הא"ר דף פ"ח ב' אמר ואבע"א כל היכא דאתא ע"א כשר מעיקרא אפילו מאה נשים כע"א דמיין ופרש"י אפילו מאה נשים אתיין אחר שנשאת ואמרי לא מת וכו' ולא נפקא ולשמואל אפילו שתקה עיי"ש והרי בפרק המגרש דף פ"ט מבואר דלמ"ד דלא מבטלין קלא אפילו שמעו מפי נשים הוי קול עיי"ש פרש"י בד"ה מפי כשרים ובתוס' שם ושם ע"ב מבואר דלשמואל לא מבטלין קול וא"כ איך יתכן דאפילו אתיין נשים ואומרת דלא מת דלא תלא וכי ס"ד דע"י מאה נשים לא יהא קול גדול והברה בעיר ואף לפימ"ש מהר"ל מפראג הובא בב"ש סימן מ"ו סק"ה דזולת השנים לריך שיהא קול הברה בעיר היינו בשנים לבד לא חשוב קול אבל מאה נשים לא יתכן כלל שלא יתשב קול מלד עלמן ואם בכל העיר ליכא מאה נשים שמסיחין זה הוי קול וכשמאה נשים בעלמן אומרת שבעלה חי לא ילא קול זה אין הדעת קובלת אע"כ דאחר שנשאת ל"ח לקול וסתמא דש"ס אמר זה אחר דאמר רב אשי דלאחר שנשאת ל"ח לקלא ומוכח דהלכתא הכי ובהכי ניחא דבדף פ"ח ע"ב פירש"י אפילו מאה נשים אתיין אחר שנשאת ואמרי לא מת ובדף קי"ז ע"ב דאיתא נמי הך ואבע"א כל היכא דאתא ע"א כשר מעיקרא אפילו ק' נשים כע"א ופרש"י והתירוה על פיו אלא משום דבדף פ"ח ע"ב קאי אליבא דשמואל דס"ל דקלא הוי גם עפ"י נשים וכמ"ש וא"כ לא משכחת הא דאפילו מאה נשים רק אחר שנשאת אבל בדף קי"ז סתמא דש"ס אמרה על המשנה ואנן קי"ל דמבטלינן קלא ועפ"י נשים לא הוי קלא לכן אפילו רק התירוה להנשא עפ"י ע"א ואתו מאה נשים ואמרו לא מת בטלו לגבי הראשון.

סמ"ג סוטה עיין בפ"ת לעיל ס"ג סקי"ג הביא פלוגתת אחרונים אם קטנה שקדשה אביה נאמן ע"א לומר שמת בעלה דלא שייך חזקה דדייקא

אמנם

אמנם במבי"ט ח"ג סימן כ"ד מוכח דס"ל דגם בזה נאמן ע"א מדפלפל לענין קטנה בנתקדשה שלא לדעת אביה והעיד ע"א או בא כתב שמת אביה דחיישינן דאביה חי ונתרצה כיון דליכא משום עגונה הקילו אפשר לא מהימן ע"א או כתב שמת וגם משום דחזינן דמיאנה בבעלה הרי שניא ליה ולא דייקא ולא חשש משום דבקטנה ליכא טעמא דדייקא והרי חתר למצוא ספקות להחמיר ולא כתב גם טעם זה.

בהג"ה אפילו י"ל עד שמת ל"מ בכה"ג בישרש יעקב דף קי"ז הקשה מהא דאר"פ בשבועות דף ל"ב הכל מודים בעד מיתה שחייב ופרש"י שיעיד לה כדי שתטול כתובתה ופירושו מוכרח דקרבן בשה"ע אינו בא רק על כפירת ממון ולריטב"א וכמ"י אין עא"נ בכה"ג וצ"ל דריטב"א וכמ"י לשיטתייהו דס"ל בר"פ הא"ר דע"א נאמן מה"ת רק הולך לטעם מתוך חומר וכו' דמה"ט לא החמירו חכמים וה"נ מלשון ריטב"א וכמ"י מוכח דכשאומרת תנו לי כתובתי לא הקילו חכמים אבל מדאורייתא נאמן וא"כ הא ס"ל לר"פ שם דף ל"א היכא דמדאורייתא מחזי חזי אלא דרבנן פסלוה חייב קרבן עיי"ש בתוס' אך בריטב"א וכמ"י ז"ל ומסתברא דה"ה אם הביאה היא ע"א לב"ד שמת בעלה והיא תובעת כתובה דאמרינן אדעתא דכתובה אתאי ולא שריא לה ואלא"כ דטעמא דע"א משום דלא משקר לא הקילו חכמים להאמינו בדשב"ע אלא משום עגונא ומתוך חומר בסופה עכ"ל משמע דל"מ אם הטעם רק משום דמתוך חומר דייקא הכא דיי"ל דאינה רוצה להנשא ודאי אין עא"נ וא"כ מה"ת אין עא"נ כשתובעת כתובתה אך לעיל ק"ח הבאתי מהתשב"ץ דטעמא דעל"ג שוה להא דאר"פ בכתובות דף פ"ה דק"ל בגוה מלתא היא וא"כ לר"פ דס"ל התם קרענא לשטרא אפומיה ה"נ במלתא דעל"ג נאמן ע"א גם בדשב"ע דאיתחזיק איסור דא"א דהא דבשב"ע וממון שוין דילפינן דבר דבר אלא לפי מה דמסיק התם קרענא ק"ד אלא מרענא דלא כר"פ י"ל דה"נ בעל"ג אין עא"נ כנגד חזקת איסור א"א אלא משום דדייקא ומנסבא מרעא לחזקת א"א.

ועוי"ל דגם בהביאה ע"א ותובעת כתובתה אם יש שני עדים דבעלה טבע במשאל"ס ושהה עד כדי שתצא נפשו אם הביאה ע"א דהכיר אותו כשהועלה מן הים שזהו ומת אף דתובעת רק כתובתה נוטלת דהא בריש גיטין מבואר דגם בדשב"ע נאמן ע"א היכא דרובא מסייע לו כדאיתא התם רוב בקיאין הן ואפילו למאי דמסיק התם דהתם ספרי דדיינו מגמר גמירי ועדיף מרוב ה"נ במשאל"ס הוי כהתם ספרי דדייקא כמ"ש תוספת בפ"ג דבכורות דף כ"ף ע"ב ורא"ש בהאשה בתרא ק"א וא"כ משכחת להך דר"פ בכה"ג.

עוד הקשה בישי"ע שם גם להב"י דפליג על הריטב"א מקיפא דר"פ דהכל מודים בעד מיתה דפטור דאמר לה לדידה ולא אמר לב"ד ומשום דא"ל טוב להעד דבעלמה נאמנת לומר מת בעלי ולא הפסידה כלום והרי כיון דעיקר תביעתה ע"כ הכתובה דאל"כ ל"ה כפירת ממון וא"כ היא עצמה א"כ עיי"ש ול"נ דלק"מ דמ"מ היא אפסדה אנפשה כיון דהעד אמר לדידה דבעלה מת א"כ יכולה לבוא לב"ד ולומר בעלי מת והתירוני להנשא ואז היתה נוטלת ממילא הכתובה ועוד דנראה כשבאה לב"ד ואומרת מת בעלי א"ל ב"ד לשאול אותה מה מבקשת אם הכתובה או להנשא דבמשנה וגמרא וכה"פ לא נזכר זה וא"כ כשאמר לדידה תלך לב"ד ותאמר מת בעלי לבד וממילא יתירו לה הב"ד להנשא וליטול כתובה ויותר מזה כתב ריטב"א בשם דאמר לדידה איהי דאפסדה אנפשה דלא הוי לה לספר לב"ד דשמעה מעד אחד אלא הוי לה לומר סתם מת בעלי ואז היתה נאמנת ואיהי דאפסדה אנפשה בספרה יתר באמרה ששמעה מהעד עיי"ש ועוד העיקר לע"ד אף דאין דעתה להנשא מ"מ רשאי להערים לומר התירוני להנשא כיון דיודעת האמת דהעד אמר לה שמת בעלה רק הב"ד אין מאמינין לה אם תובעת הכתובה ואין בזה משום מדבר שקר תרחק כיון דעושה כדי להציל שלה וראיה לזה ומפ"ד דנודרים להורגין ופרש"י דאומר על פירות חולין שהם של תרומה או של בית המלך כדי להציל מן המוכס ובאו"ת סימן י"ב ס"ו סק"א באורים כתב אם נתחייב שבועה ואין בדעתו לישבע אם יודע הנכון אתו מותר לו לאיים על חברו לומר אנכי אשבע כדי שיתפשר עמו להציל שלו עיי"ש וזה ממש כנידון דכאן שתאמר דדעתה להנשא כדי להציל כתובתה ועוד נראה כל מה דילפינן בפרק שה"ע דף ל"א דאסור לשנות משום מדבר שקר תרחק הוא רק משום הרחקה שלא ירגיל עצמו בכך לשנות בכה"ג גם כשלא יכוין להציל שלו וכעין שכתב היש"ש בטעמא דגזל עכו"ם דאסור אף דראה ויתר גוים אלא משום שירחיק עצמו מן הכיעור ולא ירגיל את עצמו בגנבה וגזלה עיי"ש בפרק הגוזל. בתרא ס"כ ובהכי דייקא נמי דכתיב מדבר שקר תרחק דהיה די לומר לא תדבר שקר אלא לומר שיעשה הרחקה ולפ"ז כאן דאין דעתה להנשא ליכא חשש שתרגיל עצמה עוד בפעם אחר ועוד דגוף הענין לא שכיח שימות בעלה ולא נודע רק לע"א ויאמר לדידה ולא ירצה לומר לב"ד ובלא שכיח א"צ לעשות הרחקה וגם כיון שאין אחר מכיר בשקרה ליכא בזה משום כיעור ויותר מזה איתא בפרק האשה שלום קט"ז ע"ב ההיא דאתאי לב"ד דר"י אמרי לה ספדי בעלך קרע מאנך סתרי מזיך אלפוה שקרא אינהו כרבנן ס"ל אמרי תעביד הכי כי היכי דליסרייה ומג"א סי' קנ"ו הביא מעירובין דף כ"א אם שמע דין ונראה לו שהלכה כך מותר לאמרו בשם אדם גדול כי היכי דליקבלי מיניה וא"ל דנשי לאו דינא גמירי דא"כ איך כתבו רמב"ן ור"ן דאפסדה אנפשה דלא ה"ל לומר בשם העד אלא לומר סתם מת בעלי כיון כמ"ש דסברה דלא נאמין לה כשלא הביא עד ועוד מבואר בב"ח חו"מ סימן ס"ו סקכ"ו דלא אמרינן אטו כולהו נשי דינא גמירי היכא דאינו מפורש בב"ק אפילו צריך לימוד גדול והובא ביד מלאכי ח"ג אות כ"ד.

סמ"ה במה מבכאתה בצרתה עיין ב"ש וב"מ תמה על פרש"י בדף קי"ח בד"ה לצערא דגופה שכתב ואפילו היא כשאת תמות נפשה וכו' נראה שמפרש דינא אף לבתר שנשאת אכלה הצרה בתרומה ולשון המשנה ודאי משמע כפרש"י ולהירושלמי זה תימא שהרי מעתה שיודעת שאין בדבריה כלום לגבי צרתה אף היא אומרת אמת ואיך תאכל הצרה בתרומה הא מה דאין מתירין הצרה להנשא אינו רק מדרבנן כדמשני הירושלמי דא"כ חזרה לקלקולא הראשון אבל מעיקר הדין ידעינן דמת וכ"מ בזה"ז לענין אם תפסי קידושין בצרתה עיי"ש ול"נ דלק"מ דמדאורייתא בלאו השם תמות נפשו אין האשה נאמנת

נאמנת

כאומנת בדבר שבערוה וחזקת א"א רק משום עגונא הקילו רבנן ואפקינהו לקידושין מינה וכפרש"י בשבת דף קמ"ה ב' וא"כ בצרה דלא אפקינהו לקידושין מינה נשארה בחזקת א"א מדאורייתא ואוכלת בתרומה וירושלמי פריך מעתה שאין בדבריה כלום יתירו לצרתה נמי משום תקנה אחר שנשאת המעידה ומתרץ דא"כ הדרה לקולקולא ולא שרי רבנן ממילא נשארה על ד"ת א"א גמורה.

סמ"ח שמא היא שכרה אותו כן לשון הרמב"ם ותמהו הא הביא בש"ס טעמא דע"א משום על"ג ומהימן גם בקטטה או משום דדייקא ובקטטה ל"ד ולמה שבק הרמב"ם טעם זה וחידש טעם שלא נזכר בש"ס ובכו"ב בתק"ע סימן ז"ך הקשה אטעמא דע"א נאמן משום דדייקא מה מועיל עדות העד הרי בלי שום עדות אסורה וזה ע"א הוא ואף דהיא דייקא מ"מ אין לה ידיעה חדשה רק עדות העד ומה יועיל דיוקא דידה ותירץ דהעד ירא שתידוק הרבה ויתוודע לה שהוא חי ולכן לא משקר דעל"ג עיי"ש ולשון הרמב"ם בפי"ג מגירושין לא משמע הכי אלא משום דכשיבא הבעל לא יוכל להשמט אבל אם לא יתוודע עדיין יוכל להשמט וכ"ל דבירושלמי ר"פ ע"ו דיבמות פריך למשנה ראשונה שאין ע"א נאמן להתירה ובעלמא נאמנת לומר מת בעלי מה בינה לע"א ומשני ע"א חשוד לקלקלה והיא אינה חשודה לקלקל א"ע וכ"ל הא דלבסוף האמינו גם לע"א משום דדייקא אם אין העד שונאה ומיכוין לקלקלה דכמים הפנים לפנים וזה תוכל לדעת אם עברו דברים בינם לגרום שנאה וממילא ע"א נאמן כיון דנסתלק חשש זה וי"ל נמי דבעל"ג לא משקר מ"מ זה ל"מ בדבר שבערוה כמו בממון עחו"מ סי' למ"ד בהג"ה סי"ד ובעדות ערוה ילפינן דבר דבר מממון וה"ט משום דאיתחזיק איסור א"א אך בשלמא בממון י"ל קנוניא עשה עם הבע"ד משא"כ באיסור א"א ולא לו עומד נגד חזקת איסור וממילא נאמן משום דעל"ג ובתשב"ץ ח"א סימן ע"ז כתב הא דע"א א"נ דהאשה תורה דבע"ד שכרו עיי"ש וא"כ כאן דהאשה עליה נאמנת לומר מת בעלי משום חזקה דלא תקלקל עצמה בחומר שהחמירו עליה אם יבא בעלה וממילא גם ע"א יהא נאמן דליכא חשש ששכרתו ומבל"ל דחשוד לקלקלה ומה דאיתא בקידושין דנאמן ליתן גט משום דחזקה אא"ח ולא לו שא"ה כמ"ש פנ"י וב"י דהוא במעשהו מתירה ולפ"ז קשה מה מבע"ל בקטטה שמא טעמא דע"א משום דדייקא ומנסבא והכא ל"ד הא כאן דבדבר אמרה גרשתני בפני פו"פ ובאו פו"פ והכחישוה הרי דאינה לקלקל עצמה וליכא חשש דהעד משנאתו אותה רוצה לקלקלה ממילא יהא העד נאמן בלאו דיוקא דידה ע"כ כתב הרמב"ם דכאן י"ל ששכרתו ולפ"ז א"צ לדוחק שנדחק הרא"ם דלהכי לא מהני טעמא דעל"ג דע"י שכר משקר גם בעל"ג אלא דבלא"ה על"ג לבד לא מהני נגד חזקת איסור א"א רק בצירוף חזקה דא"א חוטא ולא לו שעומד נגד חזקת א"א וזה דוקא היכא דחזקה דאינה מקלקלת א"ע ודייקא מלהנשא כשיש ספק אם מת אז ליכא חשש דשכרתו או דמעיד לקלקלה אבל אל"ה כשמסופקת אם מת יש חשש דשכרה עד או דאינה מדייקא אם מיכוין לקלקלה.

ובזה י"ל הא דאיתא ביבמות דף קכ"א בעובדא דטבע בדגלת ואנסבה רבא אפומא דשושבין דעמד בספר הישר לר"ת מה כ"מ אם היה שושבין

ובח"כ דף קע"ו ובמלחמות שם הקשו הא ע"א במלחמה בעיא בש"ס שם ונראה הש"ס לפשוט דנאמן ודחי רבא ומים כמלחמה כדאיתא התם ואיך אנסבה רבא עפ"י ע"א ולפימ"ש א"ש דהבעיא במלחמה אי טעמא דע"א נאמן משום דעל"ג או לא סגי בהך טעמא לחוד משום דע"א חשוד לקלקלה וצריך לטעמא דהיא דייקא ובמלחמה לא דייקא וכ"ז בסתם עד אבל שושבין הא תנן בפז"ב האוהב זה השושבין וסתמא אין חילוק בזה בין בעל לאשה ועוד גם לבעל אם חי מקלקל דנאסר עליו וא"כ ליכא חשש חשד לקלקלה ממילא ע"א נאמן והא דפסק רמב"ם דע"א במלחמה נאמן לאו מכח הוכחה זאת דרבא אנסבה אלא מכח שאר הוכחות שהובא במלחמות שם.

וה"מ רפי"ג תמה על הרמב"ם דהא הוא סבר דע"א מהימן משום דעל"ג כמ"ש סוף הפרק וא"כ אפילו תנשא ועוד מאין הוציא טעם דשמא שכרה אותו שכתב כיון שלא נזכר בגמרא והרא"ם תמה דיותר יש קושיא דאדרבה בגמרא מבואר דאם הטעם משום דעל"ג ה"נ מהימן ולא מבעיא רק שמא הטעם דמהימן משום דדייקא ולא משום דשמא שכרתו ולקושית הה"מ הראשונה נ"ל דטעמא דבעלמא אין ע"א נאמן י"ל כמ"ש תשב"ץ ח"א בענין ע"ז דשמא בע"ד שכרו ובירושלמי הנ"ל אמר דחשוד לקלקלה ואינו סתירה לתשב"ץ דבעד מיתה נ"ל שמא שכרתו כיון דבעלמא נאמנת משום חזקה דאינה מקלקלת עצמה תו ליכא חשש דשכרתו אבל מ"מ הפנ"י ריש גיטין וכתובות סימן נ"א דטעמא דע"א אינו נאמן מחשש בדדמי זה נסתר מן ירושלמי זה דא"כ מה מקשה מ"ש ע"א מהאשה בעצמה דבשלמא האשה בעצמה דייקא ול"ל דאמרה בדדמי דעלה רמיא יותר לדייק שלא תעשה איסור וכמ"ש פנ"י ריש גיטין לענין וספרה לה והנה בעד מיתה כיון דליכא חשש דשכרה אותו דחזקה דאינה מקלקלת עצמה וכמ"ש הרמב"ם נמי בפי"ב מה"ג א"כ נשאר רק חשש דחשוד לקלקלה א"כ שפיר כתב הרמב"ם בס"פ י"ג דאינו משקר כיון דעל"ג אף דאינו ודאי עשוי להגלות דשמא לא יבא בעלה מ"מ ממ"נ אם לא יבא הרי אינו מקלקלה דל"ת מזה ומזה ואם יבא הרי יגלה קלונו שהעיד שקר משא"כ זו שהוחזקה שקרנית דאמרה גרשתני בפני פו"פ והוכחשה ולא חיישה לקלקל עצמה דיש חשש שמא שכרה העד נ"ל דלא משקר משום דעל"ג כיון דאינו ודאי עשוי להגלות וקרוב לשכר ורחיק מהפסד.

אך למה אמר הבעיין בע"א בקטטה טעמא דע"א מהימן משום דבעל"ג לא משקר ה"נ לא משקר א"ד משום דדייקא והכא ל"ד הא אפילו מהימן משום דעל"ג שאני בעלמא דאינה חשודה לקלקל א"ע ואז החשש דרוצה לקלקלה א"כ אזי ודאי על"ג וממ"נ משא"כ כאן ונראה דלר"ח דק"ל משום דמשקרה א"כ דהוי מ"ל הכי אך לרב שימי דהחשש דאמרה בדדמי ולא משום דמשקרה עיי"ש בתוספת אם כן ל"ל משום שמא שכרתו וכ"כ בעל"א דהבעיא לרב שימי דל"ל שמא שכרתו ולפי דרכי י"ל דלהכי בעי לרב שימי דאם היה מפרש הבעיא לר"ח דהכא ל"ל משום דעל"ג א"כ כיון דלא אתמר הלכתא כר"ח או כרב שימי היה ס"ל לקולא במה כרב שימי וה"כ ודאי שייך טעמא דעל"ג ואת"ל כר"ח מ"מ אפשר גם בעל"ג כי הא דליכא ממ"נ מ"מ לא משקר דשמא יבא ויתברר שקרו ולא יעשה כזאת במחיר כסף לכן בעי גם לרב שימי וכ"ש דלר"ח יש להסתפק ול"ל דלר"ח דטעמא

דמשקרא

דמשקרא לא מבעיא ליה דולאי כאן ל"ש טעמא דעל"ג דא"כ למה מסיק תיקו הא הוי ס"ס לחומרא שמא הלכה כר"ח וכאן י"ל דשכרה אותו בלאי ספק דל"ד הך על"ג לדעלמא ואת"ל כרב שימי עדיין שמא הא דע"א כאמן משום דדייקא והכא לא דייקה אע"כ דבין לר"ח בין לר"ש מבעיא ולכן כתב הרמב"ם דאם נשאת ל"ת כיון דיש לה ע"א ומה דלא סגי ליה לרמב"ם לומר דאין ע"א נאמן משום דלא דייקה כמו שאמר הש"ס לרב שימי הוא משום דפסק בש"פ י"ג וגם בע"א במלחמה הטעם דעל"ג ועכל"ל דכאן החשש דשכרה אותו וליכא ממ"כ הנ"ל ואף דלדידן דקי"ל הטעם דעל"ג יש ס"ס לקולא שמא כרב שימי דגם כאן ליכא חשש דמשקרה במזיד ושכרה את העד ואת"ל כר"ח דכאן יש חשש דמשקרה מ"מ שמא גם כאן לא משקר העד דירא גם מספק על"ג מ"מ ס"ל לרמב"ם דס"ס ל"מ להשיאה לכתחלה וכמ"ש הפנ"י בקו"א לכתובות וכמה אחרונים ואפילו לחכמי ספרדיים דמתירין בעגונה משום ס"ס ה"ט דחזקה דדייקא מרעא לחזקת א"א עיין כו"ב סי' מ"ג אבל כאן דלא דייקה ל"מ ס"ס להתירה לכתחלה ואם נשאת ל"ת משום דיש ס"ס ומיושב קושית הטו"ז כיון דהיא ספקא דאורייתא למה לא תלא.

וכ"כ בככה"ג בהגב"י אות ל"ו מקו"ע למהרח"ם דבס"ם אם נשאת ל"ת אף די"ל כאן גרע דליכא כלל חזקה דדייקה ומכש"א מ"מ חזינן דמחלק בס"ם לענין לכתחלה ודיעבד ולפימ"ש יש ראיה דמהכי כאן הס"ם דאם נשאת ל"ת דהא מה דעושה הבעיין הבעיא לרב שימי משום דאם היה עושה הבעיא רק לר"ח היה ס"ם לקולא וכמ"ש ואם כימא דגם לענין דיעבד לא מהכי ס"ם היה לו לעשות הבעיא לר"ה כיון דלהומרא קי"ל כר"ח וגם למסקנא דס"ם הוי הטעם דע"א כאמן משום דעל"ג לא משקר א"ו דלענין דיעבד מועיל ס"ם לכן מבעיא גם לר"ם אבל לא חש הבעיין דכימא לר"ה כאמן דזה איכו דפשוט יותר לר"ת דשמא שכרה אותו דהא קי"ל שוכא כשר לעדות כדאית' בפז"ב ולא חשוד דמחמת שנאה יעיד שקר רק בעדות אשה משא"כ אם יש חשש דשכרתו דהיכא דיש לד נגיעה גם בעלמא פסול וגם באין ידיעה לד נגיעה הטעם פסול עד אחד בעלמא דשמא שכרו הבע"ד כמ"ש תשב"ץ ובכונה דוכתי ומהס בפ"ק דב"מ דף י"ג חיישינן לקנוניא ועוד כיון דלרב שימי דשוה העל"ג דכאן לשאר על"ג כיון דלא חשודה לשקר במזיד ולשכור עד מ"מ מבעיא אם סמכינן על טעמא דעל"ג כ"ש לר"ח דהוחזקה שקרנית ויש חשש דשכרתו דאין העל"ג הזק כעל"ג דעלמא וכמ"ש והה"מ הרגיש די"ל מה דלא אמר הש"ם טעמא דשכרתו רק טעם אחר משום דרלה לעשות הבעיא גם לרב שימי לכן הקשה רק דלא נזכר חשש דשכרה אותו בש"ם.

ורשב"א הקשה אם היא הוחזקה שקרנות כל ישראל מי הוחזקו ליטול שכר להעיד שקר וכראה דכוונתו מדאמרינן הכי בכתובות דף ל"ו ע"ב וגם בגיטין דף ס"ו דמעשה לא עבדי ע"י שכר להעיד שקר אבל אין משם ראיה כלל דהתם בשני עדים אמרינן הכי ולא בעד אחד תדע דהא בירושלמי אמר דלמסקנה ראשונה לא האמינו ע"א דחשוד לקלקלה מכ"ש דיש לחוש דמעיד מחמת שכר.

ובטו"ז כתב דרמב"ם למד זה מגיטין ס"ז ע"א דחיישינן שתשכור עדים היכא דרק דיבורא אומרי ולא עבדי מעשה וכתבו תוספת שם דהיכא דלא כגמר ע"י העדאת העד שתנשא לשוק הוי רק דיבורא וה"כ העד סומך שלא תנשא עד שתידוק ולכאורה תמוה דהרי הכא הוחזקה שקרנית שאמרה גרשתני בפני פו"פ וכמלא שקר ואפילו לרב שימי לא דייקה ול"ל די"ל מה שאמרה גרשתני לא רלתה להנשא באיסור רק להפקיע א"ע משיעבודה לבעלה אלא דהב"ד חוששין שמא רלתה גם להנשא באיסור ואפשר העד לא יחוש לזה דהשוחד יעור.

והב"ש בס"ק ק"ס כתב אף דבזה"ז א"כ לומר גרשתני מ"מ אם ליכא עדים המכחישין אותה כאמנת לומר דמת בעלה ותפסו עליו הב"מ ושאר אחרונים דהא בש"ם פריך אשמואל דאמר ה"ד קטנה דאמרה לבעלה גרשתני והא אר"מ דכאמנת דחזקה אינה מעיזה הרי דאם לא היתה כאמנת גם בלא הוכחשה תו לא מהימנה לומר מת בעלה וכראה דבלא הוכחשה י"ל ס"ם שמא לא רלתה להנשא באיסור רק להפקיע א"ע מבעלה דחזקה דדייקה ומכשבא וחזקה דאיכו מקלקלת א"ע ליתב באיסור עם בעלה סכי כל ימיה כמ"ש רא"ש שילהי כדרים ועוד ספק שמא האמת אתה דגרשה ולחכמי ספרדים מהכי ס"ם בעגוכה אך אם חזקה דאינה מעיזה ל"מ באיסור א"א אף דחזקה דאתיא מכח סברא היא כרובא לא מעיזן ועדיף מחזקת א"א שהיא רק חזקה הפיקקת משא"כ חזקה דאתיא מכח סברא הוא מחמת רוב כמ"ש בתה"ד סי' ר"ז א"כ גם ס"ם לא מהכי דמעליותא דס"ם רק דהוי כרוב כמ"ש בשו"ת רשב"א ופר"ח סי' ק"י אבל למסקנא דלהכי סברא דחזקה אינה מעיזה להוליאה מחזקת א"א ה"כ מהכי ס"ם ואפילו לפוסקים דאין מתירין עגונה בס"ם שאני הכא דבשלמא בשאר ס"ם כמו דאין מוליאין ממון בס"ם וברוב כן ל"מ להוליא מחזקת א"א כמ"ש הסיו"ד סי' ק"י וב"י בכתובות דף כ"ג משום דילפינן דבר דבר ממנון דלריך דבר ברור אבל כגון זו דיש חזקה שאינה מפקיע עלמה מתחת בעלה להיותה באיסור א"א כל ימיה כמ"ש הרא"ש בפסקיו. שילהי כדרים ומבואר בהרז"ה ומלחמות רפ"ב דכתובות דרובא וחזקה מועיל להוליא ממון וא"כ ה"כ מועיל ס"ם וחזקה להוליא ממון או להוליא מחזקת א"א וכ"ז אחר שידם רה"מ דמשום חזקה דאינה מעיזה מתירין אותה להנשא דהיא ג"כ משום דחזקה דאינה מעיזה ברובא דעלמא ועם חזקה שכתב הרא"ש מהכי אבל לס"ד גם ס"ם ל"מ ובזה מתורץ מה שהקשה הב"מ כאן ובשו"ת רע"ק סי' ק"ל מה פריך וליהמנה מדרה"מ כימא דאמרה גרשתני ותן לי כתובתי דא"כ לפ"ד הרא"ש או באמרה שלא בפני בעלה ולפימ"ש א"ם דאחר שידעכו דרה"מ מהכי כמי ס"ם א"כ אמרינן שמא לא היתה בדעתה להנשא לאחר רק ליטול הכתובה או להפקיע את עלמה משעבודו ועוד ספק שמא באמת כתגרשה וכראה דזה טעמו של רב שימי דלא חיים דמשקרה אף דהוחזקה שקרנית שאמרה גרשתני בפני פו"פ ובאו והכחישוה כמו שהקשו תוספת שם אלא די"ל שלא היה בדעתה להנשא לאחר וליתב תחתיו כל ימיה באיסור א"א רק רלתה להפקיע א"ע משעבודו א"כ אין לחוש שמשקרת באמירת מת בעלי ותנשא באיסור רק כיון דהוחזקה שקרנית להפקיע א"ע מתחת בעלה ל"ל דדייקה מחמת חומר דתלא מבעלה כאשר כשיבא בעלה דזה רלוכה ועוד הוי ס"ם שמא האמת דנתגרשה היכא דלא הוכחשה ואת"ל לא נתגרשה מ"מ אפשר מת בעלה דכהי דאינה כאמנת מ"מ אפשר מת. ובככה"ג שם־

כתב

כתב מהתומת ישרים ולחכ"מ ומהרי"ט דל"מ ס"ס בעגונה דהכל רק ספק אחד אם בעלה מת וזה ל"ס כאן דהס"ס אם נתגרשה או מת וכמה כ"מ ביניהו ובשו"ת רע"ק שם כתב דדברי הב"ש בעלמן מוקשה כיון דאין מתירין אותה באמירתה גרשתני וחוששין לשקרא למה תהא נאמנת לומר מת בעלי הא אם כידון דשיקרה במה דאמרה גרשתני ממילא תשקר לומר מת בעלי כמו דאמרינן בהוכחשה בעדים דהא להכלד דלא נתגרשה והיא רוצה להפקיע עצמה בשקר שוב א"כ במת בעלה ולפימ"ש לק"מ דמ"מ הוי ס"ס ועוד לפימ"ש תוספת בפ"ק דב"מ דף ו' א"ו בד"ה שמ"י דבגזלן ודאי או כופר בפקדון שהוכחש בעדים אמרינן כיון דחשוד אממונא חשוד אשבועה ולא תלינן בשמ"י משא"כ כשלא הוכחש כאן בשבועה וכ"כ שמ"ע סי' ל"ב סק"י וא"כ ה"נ אף דלהכלד שמיקרה במה שאמרה גרשתני אין לפוסלה מנאמנותה על מה שאומרת מת בעלי והתירוני להנשא דיש לתלות שלא רצתה להנשא להיות יושבת עם השני באיסור א"א כל ימיה רק רצתה להפקיע עצמה מבעלה ועתה לא הנשא באיסור משא"כ בהוכחשה בעדים לא תלינן בשום דבר להכשירה.

במלחמה ובסיפא כתב על מטתו והדיוקים סתרי לענין מת סתם וכתב חמ"ה דאין נפקותא דבלא"ה צריך לשאול סבת המיתה כדלעיל ס"ה ולע"ד נ"מ כשאמרה מת ונשאת דאין עוד לשואלה דאפילו תאמר מת במלחמה א"כ דשמא עכ"ב וגם כשתאמר מת על מטתו אפשר כיון דכבר נשאת ליכא תו חזקה דדייקא מתוך חומר דאם יבא בעלה ודאי תתסר עליו אפילו עכשיו תלא מזה וא"כ י"ל דכשבאה ואמרה מת סתם מת אף דידוע מלחמה בעולם מ"מ אטו רובא דעלמא תיך המלחמה א"כ י"ל בעלה מרובא דעלמא פרים ומת דכל תעשה שינוי הוי פירש כמבואר בבינת אדם שער הקבוע סימן יו"ד מהגש"ד ובשו"ת מהרי"ל סי' קס"ט אלא דלכתחלה ל"מ כמו במשאל"ם דלא סמכינן לכתחלה על הרוב אבל בדיעבד כשנשאת לא תלא לכן בריש דוקא אם אמרה מת במלחמה אינה נאמנת וכאלו ליכא עדות כלל ותלא ובסיפא דנאמנת ותנשא לכתחלה הוא רק באמרה על מטתו וכ"כ בעלא לתרץ הדיוקים רק מטעם אחר.

במ"ט לא הוחזק מלחמה בש"ס איבעיא להו מי אמרינן מ"ל לשקר והקשו תוס' א"כ גם בידוע מלחמה כהימנה במגו דאמרה מת על מטתו ועיי"כ דלא שייך מגו דלא חשודה לשקר וכ"ל דאף דאומרת מחמת אומדנא ואין ברור לה בודאי שמת אלא מתאוותה להנשא אומרת דודאי מת מ"מ ל"ל מגו שתאמר מת על מטתו דזה יודעת דודאי שקר ואין רצונה לומר דבר שודאי שקר אלא לומר מה דאיכו ודאי שקר אבל לשתוק י"ל מגו דאם איתא דאין ברור שמת רק מעצימה ספיקה ואומרת שמת ואיכה אומרת דברים כהוייתן דמחי ליה בגירא והכיאותו משום דיראה שהב"ד לא יתירוה א"כ יותר הוי לה לשתוק והם מלהזכיר שיש מלחמה בעולם לכן הבעיא רק דמ"ל לשקר דאי בעי אמרה שלום בעולם דודאי זה לאו דוקא דצריכה לומר דשלום בעולם כמו שהוכיח הכ"י והובא בב"ש ס"ק ק"כ דא"ל לשאול אותה אם שלום בעולם אבל מגו דאי בעי אמרה מת ע"מ איכו מגו דאיכה רוצה לומר דבר שהיא ודאי שקר ולפ"ז אם ע"א או פסולים אמרו שיש מלחמה בעולם דנסתפק בח"ע אם זה ג"כ בספק הבעיא עיי"ש ולפימ"ש בזה ודאי אנו צריכים לשאול אותה אם יש מלחמה בעולם דבהאי דנאמנת להכחיבם מ"מ בלא הכחשה יש לנו ספק שמא מלחמה בעולם ולכן ודאי הוי מגו בדדמי ואיכו מגו.

ובחידושי רמב"ן כתב ומי אמרינן מ"ל לשקר מרע חזקה והא אפילו במתניתין שהוחזקה מלחמה בעולם אי בעיא אמרה מת ע"מ א"כ קברתיו והיא מותרת ואעפ"כ כי אמרה מת סתם לא תנשא ואיכא דאמרי שא"ה שהוא צריכה לפרש אבל כאן שהסתם מתירתה אין פירושה אוסר אותה דאמרינן מ"ל לשקר אי בעיא שתקה עכ"ל ואולי כונתו לטעם שכתבתי או דס"ל מגו ל"מ בדבר שבערוה כמו דל"מ להוציא ממון דילפינן דבר דבר מממון וכמ"ש בית יעקב בכתובות דף כ"ג רק הפה שאסר עדיף משאר מגו.

ועיין בתיבות סימן ע"א ס"א סק"ד או משום דהש"ס מקפ"ל אי מ"ל לשקר מרעא לחזקה דאמרה בדדמי ס"ל לרמב"ן דה"ד בהפה שאסר משא"כ בשאר מגו ועכ"פ ה"ד היכא דא"ל לשאול אותה אם יש מלחמה אבל כשיש ע"א או פסולים דמלחמה בעולם אזי צריכין לשאול אותה ולא הוי הפה שאסר.

ועתום' שם הקשו אהא דר"פ כל הנשבעין אמרינן מגו דל"ש אף דבעה"ב טרוד בפועליו ואומר בדדמי ולע"ד מדאמר התם דעקרוה רבנן לשבועה מבעה"ב ושדיוהו על השכיר ולמה לו לומר דעקרוה מבעה"ב כלל ול"ל דמשום כדי חייו או משום דטרוד לא הוי מתקני שישבע שכיר ויטול כיון דלאו ודאי אומר בדדמי אלא משום דבלא"כ יש ספק האמת עם מי עם השכיר או הבעה"ב והיה ראוי לתקן שישבע הבעה"ב לכן משום דטרוד תקנוה אשכיר ולכן כש"ל מגו דלא שכרתיך דאזי לולא טעם דטרוד בעה"ב מהימן די"ל מגו וא"ל לתקן להטיל עליו שבועה לכן משום חשש טרדא לבד לא תקנו להוציא ממנו ממון ע"י שבועת שכיר כיון דהרבה פעמים יודע היטב אם פרע אף דטרוד והוא לווח דיודע בבירור.

שעיף מן בא ע"א בש"ס בעי אי ע"א במלחמה נאמן כיון דהאשה לא דייקא ופשיט לה משני ת"ח שהיו בספינה וטבעה הספינה והתיר רבי נשותיהם עפ"י נשים ופליך ותקברא ומשאל"ם הוא אלא דאמרי אסקנהו קונן ואזינהו לאלתר ואמרי סימנים ודעת תוס' ורי"ף דהבעיא אם ע"א מבקר והקשה ב"ש לעיל ס"ק מ"ג א"כ מה דחי דאמרי סימנים אכתי יש לחוש דמשקר ונראה דהא בירושלמי ר"פ האשה שלום אמר הטעם דתקנה דאסורה דע"א איכו נאמן דמ"ש מהאשה עצמה ומתרץ דע"א חשוד לקלקלה והייכו שיבא בעלה אחר שתנשא ותלא מזה ומזה וא"כ בידוע שנטבע במשאל"ם דלא שכיח שיהא נמלט כמ"ש הרא"ש ותוס' בבכורות דף כף אלא דחכמים החמירו דלכתחלה לא תנשא א"כ ל"ל דהעד משקר כדי לקלקלה כיון דל"ש שנמלט ויותר מקולקלת כשלא יעיד לה דאסורה להנשא ודאי ועוד הא בריש גיטין ב' ע"ב אמר כיון דרוב בקיאין נאמן ע"א גם בדשב"ע והתוס' ורא"ש מדמין משאל"ם להתם דהתם ספרי דדייני מגמר גמירי משא"כ ע"א במלחמה אטו רוב העולם נהרגין אפילו בקשרי המלחמה ויש חשש דמשקר לקלקלה וא"כ מה רולה ש"ס לפשוט מעובדא דת"ח אך להס"ד דלא העידו הנשים על ראותן אחר העלאה

העלאה וס"ד דלא נודע שטבעה הספינה עם הת"ח בלתי עדותן וכהי דידוע דטבעה הספינה מ"מ אולי הת"ח לא טבעו והנשים העידו דגם הת"ח טבעו או דלא נודע כלל בלתי הנשים ומה דאמר דמים כמלחמה הייני דהאשה של הנטבע לא דייקה אף דאי' והטביעה זולת העדות מ"מ כשיחקרו אחר עדים ויהא נודע להן שנשברה הספינה או טבעה תו לא תדייק אם בעליהן נטבע כמ"ש במלחמות ד' ובחידושי רמב"ן בר"פ האשה שלום וא"כ דמי למלחמה דכיון דלא נודע שטבעו ושהיו כדי שת"כ אין רובן למיתה ומשני דהעידו דאשקוהו וכו' דאין עדות הנשים רק על ההעלאה אבל הטביעה היה ידוע בלא"ה ולכן ע"א או נשים נאמנין.

ולכאורה לפ"ז י"ל מה דמקשה רבא לדבותהו בהאי דטבע בדגלת עפ"י שושבין אף דרבא גופא דחי דלא למפשט דע"א נאמן במלחמה כמו שהקשה הרמב"ן ולפימ"ש י"ל דהתם היה ידוע דבעלה נטבע זולת השושבין אלא דהרי"ף כתב דהבעיא דע"א במלחמה איפשט מדגלת ול"ל דס"ל דע"כ איירי התם דלא היה עדות שהנטבע בדגלת היה בעלה זולת השושבין שהכירו דאל"כ איך רצה למפשט התם דריב"ב לקולא פליג דמעידין אחר ג"י כיון שאני עובדא דדגלת דהיה עדות דבעלה נטבע במשאל"ם דאינו רק חומרא דרבנן דלא תנשא לכתחלה לכן סמך רבא אהכרת השושבין גם אחר ג"י.

אם אמר קברתיו הרי"ף כתב כן דבלא קברתיו אפילו בשני עדים יש לחוש דאומרים עפ"י אומדנא ובח"ר ר"פ הא"ש הקשה מדס"ד למפשט ממעשה דשני ת"ח שטבעה הספינה והתיר רבי נשותיהם עפ"י נשים ומאה נשים כע"א והוי ס"ד דלא אסקינהו דבעדות טביעה לבד הימנינהו ועדות טביעה כמות שתם במלחמה דמי אלמא דבמת שתם מבעיא להו ועוד מדאמר נשים כע"א דמיא משמע דבשנים כה"ג לכ"ע מהימנו ולאב"ד שקשה מההיא דטבע חשא דאנשבה דביתהו וקאמר משום דמשאל"ם הוא דוקא דיעבד הרי במשיל"ם אפילו לכתחלה ול"ל לומר קברתיו ובעניי לא ידענא מה ק"ל דבמלחמה בלא קברתיו יש חשש דנתעלף ואמר בדדמי שמת לכן צ"ל קברתיו או דאשקוהו וטלטלוהו משא"כ במשיל"ם וגם במשאל"ם לס"ד דהשמעון בהא דשני ת"ח דהעידו רק אטביעה וסגי א"כ ליכא חשש דנתעלף והש"ס דדחי דהסברא דמשאל"ם הוא רק העידו על אחר העלאה דייק דאמרי דאשקוהו קמייהו דהוי כקברתיו דלא יהא חשש דנתעלפו ואדרבה לל"ע מה דאשקוהו מהמים דהטלטול הוה כקברתיו וכמ"ש ג"כ בשו"ת הר"ן ס"ג הא בזמן שהיו מניחין את המת בכוכין היו פוקדין על המתים שלשה ימים שמא עדיין הוא חי כדאיתא ביו"ד סימן של"ד ס"ג והוא ממסכת שמחות פ"ח הרי גם לאחר הטלטול חששו שמא נתעלף ואם כי בח"ק יו"ד סימן שנ"ח כתב כי זהו מקרה בעלמא ממקריים הרחוקים אחד לאלף שנים שיקום אחרי נפלו וביטול נשמתו ויומסר לבקיאים ואפילו מיעוטא דמיעוטא לא הוי עיי"ש מ"מ הרי דוקא כשנמסר לבקיאים שו"ר בנו"ב בתק"ע סימן כ"א כתב דטעם הרמב"ם דבעי קברתיו משום חשש דנתעלף ועיין פ"ת לעיל של"ג ס"ק קל"ח ועיין בא"ח סימן ש"ל ס"ה בהגה"ה ואפשר גם מ"ש הרי"ף דגם בשני עדים לא סמכינן עלייהו אינו מדינא דגמרא דא"כ ה"ל להביא ראיה על זה אלא דס"ל דעכשיו אין אנו בקיאין בזה כבזמן הש"ס וכמ"ש האו"ה בהג"ה שם וכה"ג כתב הרי"ף בפכ"ש לענין לתיאה וחליטה.

סעיף כ"ה היה דבר בתשובת הר"ן כתב דאפילו ע"א א"כ משום דבש"ס איכא תרי ליסנא אי דבר כמלחמה ויש פלוגתא בין הראשונים אם ע"א במלחמה צ"ל קברתיו אף דמסתבר כדעת הסוברים דאל"ל קברתיו מ"מ אין להקל והובא בב"י ומוכח דק"ל דס"ס לא מהני דהא יש ס"ס ספק שמא דבר אינו כמלחמה ואת"ל דהוי כמלחמה שמא גם במלחמה אל"ל קברתיו וס"ס דפלוגתא עדיף מס"ס בגוף המעשה דמשום הזקה לא ישתנה הדין כמ"ש אחרונים ובמחודשים לפרמ"ג בדיני ס"ס אך י"ל כיון דמדאורייתא צריך שני עדים רק תקנ"ח להאמין ע"א או עכו"ם מסל"ת וכל ספק בתקנה מוקמינן אדינא לכן גם ס"ס לא מועיל כיון דבא להוציא מחזקה דמעיקרא שהוא הד"ת אמרינן כה"ג לא תקנו וגם לפימ"ש יש"ש פט"ו מיבמות סי' וא"ו וסי' י"ב כיון דליכא עדות מספיק לפי ד"ת בקל נוכל למצוא צד ולגרוע עדות ולפ"ז היכא דסס"ס אינו בהאמנת העד י"ל מודה הר"ן דמועיל ס"ס ועיין תב"ש סי' כ"ט דספ"ד אין להעמיד על הזקה דמעיקרא וכן אם הלע"ט אלתית ודאי רק ספק אם דבר זה נוקב אין סברא לומר הואיל ובהמה בחז"כ אין דבר זה נוקב ואין להחזקה ענין להספק עיי"ש וא"כ כהספק אם תקנו חכז"ל באופן זה ודאי יש לאוקים הדין על חזקתו הראשונה שהיה לפי ד"ת דהספק אם נעשה התחדבות ובר"ן פ"ק דקידושין דף ה' ע"ב בהא דנתן הוא ואמרה היא מוכח דס"ל דגם בספיקא דדינא שמכינן אחזקה דמעיקרא מדין תורה ולפיכך בתיקו דממון אי הפס מוציאין משום חמ"ק עיי"ש.

סנ"ך ולא פירות שאכלו בירושלמי ר"פ הא"ר פ"ד כשאכל עד שלא בא הראשון ורי"ף ורמב"ם בפ"י מה"ג השמיטו זה ועמד בזה הה"מ שם ה"ז ונראה משום דבירושלמי רפ"ב דגיטין ק"ל לר"י זמן תקנו משום פירות ור"ל פליג ובבלי שם הוא להיפך דר"י לא ק"ל הטעם משום פירות ואמר שם הש"ס דר"ל ס"ל דאין לבעל פירות משעת חתימה ור"י ס"ל משעת כתיבה והכא מ"ד משעת חתימה דמסתמא אי לא גמר בדעתו לגרש לא היה מחתים עדים וכ"כ הר"ן שם דלא מקדים אינש פרעונותיה לנפשיה ואינו מחתימו אא"כ רוצה ליתנו מיד ולפ"ז כאן דאסור לקיימה וצריך ליתן לה גט מיד שנודע שבא בעל ראשון ה"כ אין לו פירות דודאי יגרשנה אך למ"ד דיש לבעל פירות משעת חתימה עד נתינה אף דכתב והתם וא"כ כתן דאגלאי דגמר בדעתו לגרשה ולכך עמדה ה"כ לא אבד בעל שני הפירות עד נתינות הגט וכל היכא דפליגי ר"י ור"ל הלכה כר"י א"כ אין מוכרח לדידן הא דירושלמי דמשבא הבעל ראשון יהי' הפירות שלה.

ועוד י"ל דתליא בטעם שצריכה הגט מהשני דבירושלמי בר"פ הא"ר אמר כדי לברר איסורו של ראשון ולפ"ז כופין השני לגרש וא"כ מהראוי שלא יהא נפטר מפירות שאכל אחר שבא בעל הראשון כדי שלא ישמיט עצמו מלגרש כדי שיאכל הפירות וכה"ג כתב הר"ן בגיטין שם דזימנין דגמר בדעתו לגרשה וכשמולא עדים מחתים גט שיהא מזומן בידו רק דרואה שיש קנס מ"מ לקלור מעכב נתינת הגט עד שיאכל הפירות ואף דכאן כופין אותו לגרש מ"מ יוכל

יוכל להשמיט עצמו וכדאמרינן בפ"ק בגיטין דף י"ב סוף ע"ב עיי"ש וגם כיון דכופין אותו וע"כ עומד לגרש מפסיד הפירות מיד אבל בש"ס בבלי פי' הא"ר אמר יהא דצריכה גט משני שלא יאמרו א"א יוצאת בלא גט ומשום דעבדה איסורא קנסוה וכתב הכ"י שם במשנה דצריכה גט משני אם תרצה להנשא לאחר ושם בגמרא כתב הכ"י דטעם קנס זה כדי לעגן אותה שלא תנשא בלא גט עכ"ל ולפ"ז אין לחוש אם שני לא ירצה ליתן לה גט דהא כל הקנס כדי לעגן אותה שלא תנשא לאחר בלא גט ואדרבה מה"ט אין לכופו לגרש א"כ י"ל דלא אבד ג"כ הפירות עד שיגרשה מגם מטעם קנסה ומשום דאין כופין אותו לגרש. א"כ אין דין דירושלמי ומכרע לדידן לכן השמיטוהו הרי"ף ורמב"ם וגם כיון דחייב לגרשה לדעת הירושלמי אם יפטר ממה שאכל א"כ הוטא נשכר.

וברדב"ז ח"ד אלף ק"ס פ"ט כתב דכל היכי דהכי תלא היינו בגט ומביא ראיה מדאמר בפרק החולץ דף ל"ו ע"ב דיוציא בגט משמע ולא סגי בהפרשה ולע"ד ל"ד יוציא לתלא דגט בבעל תליא ולא באשה ועוד מדתנן תלא מזה ומזה ולריכה גט מזה ומזה עכל"ל דתלא רק דאקורה דאם בגט משמע א"צ"ל עוד ולריכה גט מזה ומזה גם ומדפרש"י דצריכה גט אם תרצה להינשא לאחר משמע דאם אינה רוצה להנשא לאחר די בהפרשה וכמ"ש רדב"ז שם ותירוצו של רדב"ז דחיק מאד ואין ראיה ממינקת דיוציא בגט דוקא דאין מדמין גזרת חכמים זו לזו.

ולא פירות שאכלו בפיה"מ לרמב"ם פרק הא"ר מבואר דפירות שהגיע לידים אין מוציאה מהם ונראה משום דאף דבירושלמי איתא שאכלו הפירות הוא לאו דוקא דכה"ג מלינו בפא"כ דף ס"ו ע"ב דאי שמיט ואכיל לא מפקינן וכתבו הפוסקים דכ"ד אכל אלא תפס וכמבואר בחו"מ סי' ר"ט ובדרישה שם ס"ד ולכן נראה דמ"ש רש"י ורי"ף ורמב"ם שאכלו ל"ד אלא שתלשו והגיע לרשותן וכן לקמן סי' פ"ח ס"ו איתא תלשן הבעל לפני גירושין הרי הם שלו וכן הביא בביאור הגר"א כאן ומציין קנ"ה ס"י וכן משמע מכאן דאמר אם נטלה מזה או מזה כתובה או פירות א"צ להחזיר הרי א"צ נטלה אף שהם בעין הן שלו.

ובגמרא דף פ"ט איתא ולא פירות ולא מזונות ולא בלאות דתנאי כתובה ככתובה ותמה הסב"א וריטב"א הא פירות שלה הם אלא דתקנו שהפירות יהיו שלו כדי לפדותה כדאיתא בפרק נערה שנתפתתה דף מ"ז ע"ב ונראה לפימ"ש הג"א בפא"כ דמחילה בטעות הוי מחילה ול"ד לקנין בטעות דהוזר משום דעדיין הממון בידו משא"כ במחילה בטעות מהכי מחמת יאוש והנה בעל"א הקשה למה לא תטול הפירות שאכל השני הא הוי מחילה בטעות אף דברשות אכל עיי"ש ולהג"א ניחא אך לכאורה מה יועיל מחילתה הא אין הפירות שלה כ"ז שלא גרשה הראשון אך למה הפירות של ראשון משום פרקונה והא פרקונה מתנאי כתובה וכיון דראשון פטור מפרקונה אין הפירות שלו ויכולה למחול וזה שאמר הגמרא דתנאי כתובה ככתובתה וכיון דפטור בעל ראשון מכתובה מיד שניסת לשני כן פטור מפרקונה ואין הפירות שלו ומהכי מחילתה להשני וא"ל דגם ראשון נתייאש מהפירות דהא לא ידע כלל דהשני אוכל הפירות והוי יאוש שלא מדעת ומה שאין לה פירות שאכל בעל ראשון עכל"ל דקנסוה כמו

דמדינא היה חייב לה כתובה כזיכתה באונס ומ"מ קנסוה שלא תטול ממנו משא"כ לענין מה שאכל השני דנוגע ההפסד לדידיה דאיהו לא פשע כלום.

ובזה מדויק לשון הירושלמי ולא פירות ואמר ר' אבינא שא"י להוציא ממנו פירות שאכל הדא דתימר בשאכל עד שלא בא הראשון עכ"ל דמשמע מחמת דאר"א פירות שאכל הדא דתימר בשאכל עד שלא בא הראשון דלהכי פתח ואמר ר' אבינא ולפימ"ש א"ש דאם גם פירות שלא באו לרשות שני אין לה ע"כ לאו משום מחילה ויאוש הוא דהא כשהממון אצלה ל"מ יאוש וע"כ משום דקנסוה א"כ אפשר גם מה שאכל אחר שבא הראשון אין להוציא ממנו אבל כיון דאר"א דרק כשאכל הפירות א"כ י"ל משום מחילה בטעות דמועיל מכח יאוש א"כ אחר שבא בעל ראשון תו אינה מוחלת ואינה מתייאשת דיודעת דאין השני בעלה.

אמנם תוס' בפא"כ וש"פ לא ס"ל הך דהג"א ולכן הוכרחו לידחק כאן וכ"ל הטעם דמיאנו התם בפא"כ בסברת הג"א ונדחקו גם שם כמבואר בהג"א שם דרב הדוחק עיי"ש לפימ"ש בחיבורי ערך ש"י סימן קכ"ג דדבר שבא ליד חברו בטעות ולכשיוודע י"ל דיליית דינו וחשוב ברשות בעלים ולא מהני בו יאוש כמ"ש מלחמות ד' בפרק א"מ דבדבר שברשותו ל"מ יאוש וחוב ג"כ בכללו חשוב ברשות המלוה כמ"ש שם בסי' קכ"ו ש"י ומהרי"ק שרש פ"ט הובא בשעה"מ פכ"ב ממכירה וכתבתי שם דה"ד לפ"ד רש"י ותוס' ורא"ש בר"פ לולב הגזול דפרשו הא דאמר הש"ס שם דקרקע אינה נגזלת היינו דל"מ בה יאוש כיון דאינה נגזלת לעולם ברשות בעליה עומדת ובדבר שברשותו ל"מ יאוש אך בירושלמי מבואר דמהני יאוש בקרקע כמ"ש תוס' שם ובפחז"ה בדף מ"ד בד"ה דוקא א"כ גם בדבר שברשותו מהני יאוש עיי"ש ולפ"ז י"ל מה דאין מוציאה הפירות מהשני אף דאינו בעלה באמת הוא משום מחילה בטעות ונתייאשה כ"ז שלא בא הראשון דסברה דהשני בעלה ולכן מה שאכל אחר שבא הראשון דתו לא נתייאשה לריך להחזיר אך ש"ס דילן לא מחלק בהכי דל"ל משום מחילה הוא כיון דהוי בטעות ועכל"ל דמשום קנסא עשאוה כאשתו של שני וכמו שהצריכוה גט משני וא"כ הפירות שאכל גם אחר שבא ראשון אין לה כ"ז שלא נתגרשה משני וע"כ השמיטו רי"ף ורמב"ם החילוק דירושלמי ואאת"ל דחוב חשוב דבר שאין ברשותו מ"מ הא בהגהות טו"ז חו"מ סי' קס"ג ס"ג הוכיח בראיות דבחוב ל"מ יאוש וא"כ לדידן דכ"ז שהפירות היו בעין אצל השני ל"מ מחילה בטעות משום יאוש דברשות בעליה דהיינו האשה הן ואחר שאכלן השני ל"מ יאוש דכבר נשתעבד נסחזירן ובחוב ל"מ יאוש משא"כ לירושלמי דמהני יאוש אף בדבר שברשותו א"כ בשעה שנטל השני הפירות נתייאשה האשה ולא חל על השני שום שעבוד להחזיר.

סנ"ח וסברה שלא נתקדשה בירושלמי ר"פ הא"ר לא היתה יודעת שהיא א"א כישמעינה מן הדא קטנה שהשיאה אביה נתגרשה והלכה והשיאה את עצמה ואמר ר' אילא תני תמן כל העריות א"ל ממנו גט חוץ מא"א רעק"א אף אחות אשתו ואשת אחיו שכיא הוא תמן בין יודעת בין לא יודעת והכא ל"ש בין יודעת בין לא יודעת עד כאן לשונו ובעל קרבן עדה מחק הך דכישמעינה מן הדא וגרס לא היתה יודעת והיידא קטנה משום דקי"ל הא היינו הך

בעיא

בעי"א ומ"ד הל"ל כגון קטנה וכו' וגם מוחק הוא ופ"מ תיבת נתגרשה ומכח ירושלמי זה תמה הברכ"י לקמן סי' ל"ז על רשב"ץ שכתב בח"ג סימן קע"א על קטנה ששבית למדה"י ואביה קדשה בביתו והיא לא ידעה ונשאת במדה"י דלא נאסרה לראשון שלא היה לה לחוש שיקבל אביה קידושין עליה הובא בפ"ת כאן וכ"ל פירש הירושלמי דתחלה בעי באינה יודעת שהיא א"א דזה כולל בין קדשה אביה במקום אחר בין השיאה אביה דא"א שלא תדע דהא נישואין הייינו חופה אלא טעתה שאין בכח אביה להשיאה ומעשיו אינו כלום ופשיט מהבעיא שלפני ר' אילא בהשיאה אביה ופשיט לה ר' אילא דאסורה ש"מ דרק בהשיאה אביה וטעתה בדין אבל קדשה אביה במקום אחר אין לה לחוש דלא יקלקלה אביה לקדשה ולא יודע אותה וגם יש לה חזקת פנויה כמ"ש רשב"ץ שם וגם לפימ"ש הרשב"א בשם הגאונים בב"י חו"מ סי' ר"כ מחודש י"ד דכל הטוען חדש עליו הראיה דהיינו שטוען שנעשה מעשה חדש וסברא זאת מהני אפילו להוציא ממון וכ"כ בח"ר פ"ג דיבמות דף למ"ד ע"ב דאין לחוש שנעשה מעשה חדש גם לענין איסור ערוה משא"כ בהשיאה אביה דיודעת שנעשה המעשה אלא דטעתה בדין וכיון דלא בעי לר' אילא רק בהשיאה והוא פשיט רק בהשיאה ש"מ בלא ידעה שנתקדשה לא נאסרת ומוכח כרשב"ץ ומאי דאמר השיאה אביה נתגרשה נראה דאין ר"ל נתגרשה בגט דא"כ ודאי מותרת להנשא לשני אלא ר"ל דנתגרשה מבעלה בלא גט אלא גרשה מביהו ועל פי מה דאיתא בפרק האשה שלו' דף קט"ו ע"ב באר"גיל הבעל קטטה ולא היא אזי אין לחוש דמזיד הנשא לאחר אלא חיישינן לבדדוני כמ"ש תוס' בס ה"נ אם לא נתגרשה והלכה והשיאה א"ע לאחר הרי דהיא בוכאת בעל ראשון יש לחוש דמזיד עבתה משא"כ בנתגרשה אין לתלות רק בטעות ורא"ית ר' אילא ומה שהביא הך דרע"ק נראה כיון דהך דרע"ק אין שום טעם לאסור רק כשלא היה לראשון אלא קידושין ומשום דאמרו שהיי תנאי בקידושין כמבואר בפהא"ר דף ל"ד ע"ב וכיון דאין הטעם משום קנס ל"ש יודעת או לא ה"נ ת"ק מיירי בין יודעת ובין לא יודעת ולפימ"ש ביד מלאכי בכללי התלמודים בשם הרמב"ן ורא"ש פרק שס"ד דדרך הירושלמי בכמה מקומות לומר תמן את אומר ור"ל הכא בשמעתין והכא את אומר ר"ל תמן בסוגיא אחרת לפ"ז י"ל מה דאמר הירושלמי שניא היא תמן אינו דרך תמי' אלא ר"ל כלפי מה דבעי בא"י שהיא א"א שקדשה אביה והיא לא ידעה כמו שפירש הפ"מ ועל זה אמר שניא היא בין יודעת בין א"י דבאמת יש לחלק והכא בהשיאה אביה ל"ש בין יודעת ובין א"י ויש בזה לפרש על תרי אנפי או דזה מסקנא דהפשטן מדבעי ופשיט ר"א רק בהשיאה דאסורה ש"מ בלא השיאה יש חילוק בין יודעת בין לא יודעת או דתחלה רצה לפשוט מן ר' אילא כמו דס"ל בהשיאה אין חילוק ה"נ בקדשה ודחי שניא היא תמן בקדשה יש חילוק ובהשיאה אין חילוק או ר"ל דדהי שניא היא תמן בהשיאה בין יודעת ובין לא יודע ר"ל וכי יש סברא לחלק והכא בקדש לבד וכי לא שניא בין יודעת בין לא יודעת הא ודאי יש סברא לחלק דמהיכי תיתי תחוש שקדשה אביה ולא הודיעה והכל דרך תמיה.

ולולא דברי הק"ע ופ"מ י"ל פירש אחר דהבעיא דקטנה שהשיאה אביה והלכה ונשאת כשהיא קטנה ופשיט לה מברייתא דתני דא"א שנשאת לריכה גט משני וה"נ היא א"א ודאי שניא היא תמן בא"א גדולה בין יודעת בין לא יודעת דיודעת מזידה היא לכן קנסוה בלא יודעת משום דלא דייקה והכא בקטנה ל"ש בין יודעת בין לא יודעת דפיתוי קטנה אונס לכן אין להצריכה גט ולפ"ז בקטנה שהשיאה אביה והלך בעלה למדה"י ובאו עדים שמת בעלה ונשאת ואח"כ בא בעלה א"ל גט משני ומותרת לראשון אלא לפ"ז י"ל כיון דליכא בה חומר בסופה לא יאמין ע"א להתירה להנשא אלא די"ל דלא חלקו חכמים בתקנתן וכמו בגדולה האמינו לע"א והחמירו בסופה כדי שתוכל לסמוך על העד בתחלה כדאיתא בפ' הא"ר דף פ"ח כן עשו לגמרי בקטנה מו"ר בב"מ ס"ב ע"ו נסתפק בזה והביא מהס"ם דפי הא"ר דף ל"ד ע"ב דאמר ל"ד אשתו דבמזיד אסורה ד"ת גזרו בה רבנן בשוגג והובא בפ"ת בסימן זה סקי"ג וב"מ שם הביא שכ"כ בש"ג וז"ל בר"פ הא"ר דלריכה גט אף משני ואפילו היא קטנה כמבואר בקונטרס הראיות ונראה ראייתו מזה הירושלמי מדבעי בקטנה שהשיאה אביה ונתגרשה מביתו והלכה ונשאת דלא ידעה אם הנשואין תפסי בה ולא בעי אם הלך בעלה למדה"י והעידו לה שמת בעלה והלכה ונשאת כשהיא קטנה דהוי באותו ענין דמתניתין שהלך בעלה למדה"י אע"כ דידע בזה דלא חלקו חכמים כדי שיוכלו להאמין ע"א ולא תתעגן.

וגם יש לפרש דגם מ"ש שניא הוא תמן הוא מסקנת דברו ר' אילא דבירושלמי לקמן ה"ו פריך על המשנה דאם הלכה אשתו למדה"י ואמרו לו מתה אשתך ונשא את אחותה ואח"כ באה אשתו מותרת לחזור לו דאין שבית אחותה אוסרתה ולמה בהלך בעלה למדה"י ובאו ואמרו מת בעלך ונשאת אסירה לחזור לראשון הא אנוסה היא ומשני ר' מתניה גזרו על דבר שהוא מצוי דהייינו איש דרכו לילך למדה"י משא"כ אשה לא מצוי שתלך למדה"י ובבבלי משני שאני א"א דמזידה אסורה מדאורייתא ונראה השינוי בין בבלי לירושלמי משום דירושלמי פריך על המשנה דהלכה אשתו למדה"י ובעלה הלך למדה"י ושפיר מחלק מבא"כ הבבלי קאי התם אברייתא דלא נזכר דאשתו הלכה למדה"י ומ"מ לת"ק דרע"ק אין לריכה אחותה גט דאם אשתו היתה אסורה לחזור לו הי' מלריכין גט לאחותה כדי לברר איסורו של אשתו כמו שאמר בטעם גט של אשה שהלך בעלה ומשכחת דנשא אחות אשתו בהלך בעלה למדה"י ושם היתה אחות אשתו מלידתה ונשאה ולכן משני שאני אשה שהלך בעלה דמזידה אסורה מדאורייתא וזה כוונת ר' אילא למפשט בעיא דקטנה מהא דתניא דלת"ק אין אחות אשתו ל"ג לברר איסורו של אשתו משום דאין אשתו נאסרת ומ"ם ונא"א שנשאת ועכל"ל תמן בא"א שניא בין יודעת לאינה יודעת דיודעת אסורה מדאורייתא לכן אסרו גם בלא יודעת והכא בקטנה לא שניא בין יודעת ובין אינה יודעת והוי כנשא אחות אשתו ובאה אשתו דמותרת לחזור לו.

סימן י"ט

דנין עפ"י סזקה ברדב"ז ס"ד סי' רמ"ה נשאל על אשה שבאה ממקום אחר והיהודים הבאים בחברתה החזיקוה בגרושה וכעת רולה להנשא ואומרת שאבדה הגט ויש עדים שהיתה נשואה ועל הגירושין ליכא שני עדים רק ע"א ועדים ששמעו מפי אחרים שהלכו

שהלכו למדה"י ופסק דמותרת להנשא דכמו דאהני חזקה בא"ם ואשה שבאו ממדה"י הוא אומר זו אשתי והיא אומרת זה בעלי דאהני חזקה כדאיתא בסימן זה ס"ב עיי"ש ולי לל"ע דהא מבואר בקידושין פע"י דף פ' דסוקלין על החזקה ואין שורפין תרומה על החזקה ופרש"י משום דיש חזקת טהרה להתרומה ואיתא שם בריטב"א דהך דתרומה מיירי ג"כ ברוב גמור ולא כתוקפת שם א"כ אין ראיה מהא דס"ב דחזקת פנויה הוא חזקה קלישה וכמ"ש תוספת בפ' המדיר ע"ה ע"ב ובנו"ב יו"ד ק"ו משום דכל אשה עומדת להנשא ובידה להנשא וא"כ באמי לענין גרושה דהא בפרק האומר דף ס"ד איתא כהי דבידה להתקדש אין בידה להתגרש ועוד לאו כל הנשים עומדין להתגרש אדרבה רובא לא מתגרשין.

אך כשיש ע"א בנתגרשה י"ל דכאמן כיון דכבר הוחזקה לגרושה דהוי כרוב דהא אמרינן בריש גיטין אהא דפריך איך שליח נאמן לומר. בפ"כ הא ע"א א"כ באיתחזיק איסורא ודש"ע ומשני רוב בקיאין הן הרי דע"א עם רוב שגי ומה דאמר הא"כ קתס ספרי דדייני מגמר גמירי ורבנן הוא דמלריך היינו משום דאמר ואפילו לר"מ דחיים למיעוטא הוכרח לומר דקתס ספרי וגמר וא"כ למה ל"ל כלל בפ"כ ול"ל דרבנן הוא דאלריך אבל לולא זאת סגי לס"ק בתירן רוב בקיאין ונאמן ע"א אף דהוי דש"ע ואיתחזיק איסורא דא"א וה"נ חזקה זו מחמת הרוב כדמוכח בקידושין שם וכ"כ האחרונים כאן דעפ"י רוב גם שהוחזק כן האמת ואפשר לפימ"ש הרא"ש בפסקיו בשילהי נדרים דחזקה אין אשה מקלקלת עלמה לומר בנתגרשה להיות יושבת באיסור א"א כל ימיה ואם כן חזקה זו נגד הזקת א"א ואהני מה שהוחזקה בגרושה בלא ע"א אלא מתוספת פרק ב' דכתובות דף כ"ב ד"ה הבא עליה בא"ש"ת קאי לא משמע כן מדהקשו למה לא פריך הבא עליה בחטאת וגם מאי ומשני דכשאת לאחד מעדיה הא בחנק קאי דאוקמוה אחזקה עיי"ש ואם ס"ל להחזקה דהרא"ש לק"מ דמקשן ראשון ידע די"ל באומרת ברי כדמתרץ למקשן שני והוא עומד נגד חזקת א"א וכ"ש ר"ש דמשני בנשאת לאחד מעדיה דע"כ ס"ל דמיירי באומרת ברי וכמו דמסיק ושפיר משני ואדרבה בהא ניחא דלמה לא פריך מיד דהעד והאשה בא"ש"ת קאי וגם ר"ש למה לא פירש דנשאת לאחד מעדיה והאשה אומרת ברי אע"כ משום דמקשה ראשון ידע די"ל באומרת ברי כי לכן לא פריך רק דהבא עליה בא"ש"ת קאי ולכן משני ר"ש רק דנשאת לאחד מעדיה ואל"ל באומרת ברי דזה ע"כ גם המקשן ידע ומדלא פריך בחטאת קאי וה"ל לתוספה לליין קושיתם רק אהא דפריך מקשן שני היא גופה בא"ש"ת קאי א"ו משמע דתוספת לא ס"ל הך חזקה אמנם נראה דזה רק לס"ד דתוספת אך למאי דתירן ר"ת דחזקה דדייקא ומנסבא מרעא לחזקת א"א היינו נמי משום החזקה דכתב הרא"ש דחזקה דאינה מקלקלת א"ע דהא בגמרא ביבמות דף כ"ד ודף קט"ו לא נזכר רק דדייקא ולא נזכר חזקה אלא דהתם האשה אינה טוענת ברי ליכא חזקה ובכתובות דמשני ר"ת דהוי חזקה היינו דהמקשן ראשון ור"ש ידעי דמיירי דטוענת האשה שברי לה ושייך החזקה וראיה לזה דבב"ב דף ל"ב אחר דכתבו תוספת דברי ר"ת דחזקה דדייקא מרעא לחזקת א"א הקשו על המקשן שני דס"ד דלא מיירי באומרת ברי למה מקשה דהיא גופה בא"ש"ת הא בחטאת היא והא כבר כתבו דחזקה דדייקא מרעא לחזקת א"א ולמה הבא בחטאת א"ו דרק באומרת ברי ס"ל לר"ת דחזקה דדייקא מרעא לחזקת א"א ולפיכך לא הקשו תוספת בב"ב כמו שהקשו בכתובות על מקשה ראשון דהבא עליה בא"ש"ת קאי והא בחטאת קאי וכן הקושיא שניה דהעד בחנק קאי משום דבב"ב כבר כתבו דחזקה דייקא מרעא לחזקת א"א וי"ל מקשה ראשון ור"ש ידעי דאומרת ברי ועתה תחזה דבחנס תמה הנו"ב בתק"ע סימן מ"ג על הפנ"י ושב יעקב דס"ל דס"ס לא מהני בענינה משום דהוה כנגד חזקת א"א והרי התוספת כתבו דחזקה דדייקא מרעא לחזקת א"א עיי"ש ולפימ"ש מוכרח מהתוספת דלא כ"כ רק באומרת ברי כנ"ל.

אך בתוספת ב"ב שם ובפרק הא"ר פ"ח ע"ב מבואר דלא ס"ל הך חזקה דהרא"ש דהא כתבו דחזקה דדייקא מרעא לחזקת א"א היא דירא מהחומר שלבסוף דיבא בעלה והקשו בתרי והרי אם נתגרשה ליכא חומר לבסוף ותרלו דחוששת שיוזמו או יפסלו העדים שאומרים נתגרשה ואם ס"ל דחזקה אינה מקלקלה עלמה להיות יושבת באיסור א"א כל ימיה תיסגי להו בזה דמרעא חזקת א"א אף דמורא לא יעלה על דעתה שיתברר שלא מת ולא נתגרשה וא"כ תינח כשכבר יש תרי עדים דלא נתגרשה חוששת דיוזמו או יפסלו העדים שאומרים נתגרשה אבל בליכא תרי ותרי כלל ליכא חזקה דדייקא דמהיכי תיתי תחוש שיבאו עדים שלא נתגרשה הא לא ראינו אינו ראיה זולת כשאומרת שנתגרשה במקום פלוני בב"ד פלוני לפני ע"מ או ע"ה פו"פ דבכ"ז אפשר שיכחישוה וכ"מ מהרמב"ם פרק י"ב מה"ג הכ"ו [illegible] חזקה דאינה מקלקלת א"ע בדבר העשוי להגלות לכל מבואר דבל באה שתשב באיסור א"א כל ימיה ליכא חזקה אלא די"ל שא"ה מדלא הזר לביתו כבר יש רגל"ד דאינו חי וליכא חזקה רק משום דשמא יבא חי אבל משום איסור אינה חוששת בספק ומש"כ כשאומרת דנתגרשה דיודעת שלא נתגרשה.

ס"ב היא אומרת זה בעלי וכו' בנו"ב א"ע סימן כ"ד הקשה למה לי שאמרו זו בעלי זה אשתי בלא"ה כ הוחזקו ושאליא מכח זה דבלא"ה י"ל תנאי היה עיי"ש ולל"ע לפימ"ש בשו"ת רבב"א תתקע"ב במכר שדהו וילד בה הלוקח וא"כ תרי אומרים תנאי היה במכר ותרי אומרים לא היה תנאי לא חיישינן לתנאי אף דיש למוכר חמ"ק כיון דודאי היה מכר וספק היה תנאי א"כ ה"נ מהיכי תיתי לתלות בתנאי.

ובפשוט י"ל דבלא אמירתם כיון שבאו ממדה"י אף שישבו כאן יחד אימר רק פלגשו היא ואיך הוחזקו בא"ם ואשתו אלא באמירתם ונ"ל לרמב"ם בפ"ד מהלכות מלכים דהדיוט אסור בפלגש י"ל דהוחזקו לא"ם ואשה ומחמת האיסור דפנויה דהא כתב הרמב"ם בפ"י מה"ג ה"ט דלא אמרינן מכח זה דודאי בעל לשם קידושין רק באשתו שגרשה או קדם ע"ת ובעל סתם ועיין ריב"ש ס"ו והובא במל"מ שם וכ"ש בבאו ממדה"י ולא ידענו אותם אם מוחזקים בכשרים.

סימן כ"ף

ס"א שחבק עב"ם וכתב בתשובה אפילו אינו עושה דרך חבה ס"ל לרמב"ם מדאורייתא אסור והוא ס"ל מדרבנן אסור דלא כהש"ך ועש"ך סימן קנ"ז סק"י הקשה דהא מלינו בש"ס שהאמוראים

היו

היו מחבקין בנותיהם ואחיותיהם ולע"ד לק"מ דהא מבואר במלוה שכ"ג לרמב"ם במנין המלות וברים פכ"א מהא"ב דלא תקרבו לגלות ערוה הייגו לא תקריבו שום קרוב יבא לגלות ערוה וא"כ בתו ואחותו דבעל ילרא כדאיתא בשילהי קידושין דמתייחד עם אמו ובתו ואחותו לכן ליכא איסור דלא תקרבו ומיושב נמי בזה קושית על"א כאן משילהי קידושין פ"א ע"ב דר"א ב"א שקליה לבת ברתיה ואותביה בכנפיה וכבר הקשה כן הרמב"ן שם אך לק"מ דבת ברתיה כבתו וכמ"ש הר"ן שם דיי"ל דשוין ובספר השלמה הוכיח כן בהגהות הרד"ל ומסכת שמחות פי"ג דאיתא שם כל הישן עמו בחיין נקבר עמו במותו והאשה נקברת עם בנה ובן בנה קטן וכ"כ ביו"ד סימן שס"ב א"כ ה"ה בת בתו וכיון דאין זה מביא לגלות ערוה מותר בקירוב דדהו.

עוד הקשה בעל"א דהא לרמב"ן דאינו רק איסור דרבנן מ"מ עומד בפני פ"כ ודאמרינן בס"פ בן סורר לא תעמוד מאחורי הגדר א"כ אמאי התיר רמב"ן משום הדפק בחולה שיב"ם א"ו כל שאינו דרך חבה מותר עיי"ש ולדבריו קשה א"כ אפילו באין בו סכנה מותר אלא משום דבדרך תאוה אסרו תו לא פלוג אבל כיון דאינו עיקר האיסור לא החמירו בל"פ כמו בגוף הגזרה וכמ"ש תס"ד היבא במג"א סימן תמ"ז סק"ה לענין נוקשה ורדב"ז ח"ד סימן ב' תירץ דההם בא החולי מחמת העברה ולפיכך ימות ואל ידבר עמה מאחורי הגדר ועיי"ש ברדב"ז דהתיר גם בחולה שאב"ם אם אין אחר בקי כבעלה.

הג"ה שהכנים העטרה יש לעיין אם האשה אמרה דמסופקת אם הכנים כל העטרה או היה רק כניקה ובעל מסיגן לה כבי תרי אם נעמידנה בחזקת לפימ"ש בח"ר בפא"ט מהא דיהב לה קוץ בוסט דחיישין שמא הבריא משום דהתחיל מעשה הטורף והספק רק אם נגמר מעשה הטורף והובא בחו"ד סימן נו"ן א"כ ה"נ הספק רק על גמר המעשה או אפשר להוליא אשה מבעלה קיל יותר וגם י"ל לפימ"ב כמ"מ בהלכות תפיסה סק"ז דהיכא דעדים מסופקין ולא ראו כל הדבר בשעה שהיו יכולין לראות כל הדבר רק שהן לא ראו כל הדבר אף שמהיות אוכם לא ראו כל הדבר הוי רק הלי דבר כהלו לא העידו דמי ואין עושין ספק עפ"י עדותן עיי"ש וא"כ הרי ילפינן דבר ערוה מדבר שבממון וא"כ אף דמסיגן לה כבי תרי מ"מ כיון דבעלמה מסופקת אם נעלם מעשה האיסור הוי כלא העידה כלל אף דמחמת בהלה או טרדת התאוה הו דלא ראיה עליה או כבעבתה במזיד לא נתנה לב לדעת מ"מ הוי הלי דבר ולא מעילא מתרי עדים ועוד לפימ"ש בתיחסות סימן קנ"ג דהא דאמר שמואל בקידושין דף ס"ו אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה לאו לאוקרה עליו דבר תורה קאמר דלא הלקה תורה בעד אחד בין מאמין בין אינו מאמין עיי"ש וא"כ כאן דהולת האשה יש כפק הוי ספקא דרבנן בין מהימן לה בין מהימן להכותף.

אינה נאסרת כתב ב"ש משמש באבר מת פטור ממיתה והיא נאסרת לבעלה כמ"ש בסימן קע"ח ע"כ ולא מלאתי שם וכתב בעל"א דהיינו מדכתב שם שהשחוף מקנין עי' ואף דא"י לבעול באבר חי וכונתו מדמקנין ע"כ דנאסרת עי' דהא ביבמות קאמר דעי' אברים פרילותא בעלמא ואינה נאסרת לפיכך אין נ"ל דאין מקנין ונדחק בעל"א למה מקנין עי' שחוף והביא מהלבוש דכתב דמדרבנן נאסרת וטעמא בעי ותכין לו.

ונ"ל עפימ"ש המאירי בפ"ד דסוטה דלפיכך מקנין ע"י שחוף דלפעמים מתקשה מעט בכדי הערלה או יותר וא"כ שפיר כתב רמ"א דכל שאינה במיתה אינה נאסרת דשחוף אינו במיתה דמכיין ידעו העדים אם נתקשה הא שחוף הוא ואין בכחו להתקשות רק לפעמים וגם אינה נאסרת מספק דמוקמינן לה בחז"ה אך קי"ל בגיטין דכ"ח שמא מת לא"ח ושמא ימות חיישינן שמא ישתנה החזקה לכן מקנין לה מן התורה ושמא יתקשה ותהא ביאה האוסרת ולבוש ס"ל כהי דמה"ת כל ספק מוקמינן אחזקתו מ"מ מדרבנן אין מתירין ספק דאורייתא ע"י חזקה כדס"ל כ"פ הובאו בש"ך יו"ד סימן כו"ן וכ"ש כאן דהוי כמלא קוץ נקוב דחיישינן שמא הבריא ולא מוקמינן על חזקתו כיון דהתחיל מעשה הטורף והספק אם נגמר כמ"ש בח"ר פא"ט דמ"ו הבאתיו לעיל בסמוך וכיון דמקנין ע"י שחוף ע"כ דלפעמים מתקשה א"כ גם דיעבד דיש לה חז"ה אסורה מדרבנן מספק.

ולפ"ז בשחוף שבא על א"א וליכא עדים רק האשה מודית ובעלה מאמינה או מאמין לבועל ולאומרים בדי דלא נתקשה מותרת לבעלה ואפי' באינו שחוף ומודים שבא עליה באבר מת אף דמהימנו לבעל מ"מ הפה שאסר היא הפה שהתיר כיון דאין להב"ש ראיה מוכרחת לחדש איסור ולא ראה דברי המאירי ודברי רמ"א שלא כדברי הב"ש ועיין בהגהות רב"פ זלה"ה שעל הב"ש.

כתב עוד הב"ש הא דכתב הטור המשמש עם מתה פטור והמשמש באבר מת פטור לכאורה לא משמע כן בהבעי"י עתוס' שבועות דף י"ח ומיושב שפיר ע"כ כונתו דבפי' הבעי"י כ"ה ב' אמר הא דכ"ר ס"ז בא"א לומר דמשמש מת פטור ולמ"ד חייב בא ללמד דמשמש עם מתה פטור וא"כ משמע דאין ליימוד רק על אחד ומכ"ל להטור דתרוייהו פטורי ולפימ"ש תוספת בשבועות דמדכתב רמתנא בנדה שנעשית בשעת השמיש דלריך להמתין עד מיתות האבר ולא יפרוש באבר חי ב"ע משום באבר מת פטור ומיושב דלפ"ז א"ל ס"ז בא"א רק למשמש עם מתה אך כבר הקשה ריטב"א שם דלמ"ל תרי קראי לפטור משמש מת בנדה ובא"א ותירץ אי ל"ב רק בא"א ה"א משום דאוסרה ומתירה ואי כתב בנדה לא כדע בא"א דחמיר בסקילה עיי"ש ול"י נראה עוד דמהא דנדה לבד י"ל דמשמש באבר מת הוי כח"ם וכמ"ש כהאי גונא הרמב"ן במליה שכ"ג בהשגותיו על הרמב"ם לענין קריבות לעריות ובמג"א סימן ר"י ומהלך לענין טעימה דאם רולה לאכול יותר רק אינו אוכל משום דכודע לו באמלע אכילתו דאסיר אזי לא חשוב אכילה ומשא"כ אם בלאו האיסור אינו רולה רק לטעום חשיב אכילה עיי"ש א"כ ה"כ י"ל דלפיכך א"ר שכשנודע לו שכעשית נדה יעמוד באבר מת דכיון דלא יפרוש ולא ידוש מחמת היסור לא יחשב ביאה באבר מת משא"כ שאר משמש באבר מת דמעיקרא אינו רולה לשמש באבר חי ה"א דחשוב ביאה דאחשביה לביאה ודי לו בזה ואלו כאמר רק בא"א ה"א משום דמזיד הוא משא"כ באמלע ביאה דכבר אלבשיה ילרא חשוב אנוס וכמ"ש תוס' כה"ג בשביעת דף י"ז סוף ע"ב וא"כ בין לריטב"א בין לתירולי א"א למילף מנדה למשמש באבר מת בא"א והא דאמר רבא בשבועות שם ז"א המשמש מת בעריות פטור הייגו דוגמא דנדה וא"כ הק"ל מנלן לפטור משמש באבר מת ומשמש מתה הא ליכא קרא רק על אחד ול"ל כיון דע"כ אחד פטור ומילא א"א לחייבו מספק על שום אחד מהן ולפ"ז יש מקום למ"ש

למ"ש הלבוש דמבמש באבר מת נאסרה על בעלה מדרבנן כיון דספיקא הוא ל"מ לרמב"ם דכל ס"ד רק מדרבנן אסור ה"נ אלא אפילו לס"פ מ"מ כאן דיש לה חזקת היתר לבעלה לכ"ע מותר ומה"ת אלא דיש להחמיר מדרבנן כמבואר דעת כמה ראשונים בס"ך יו"ד סימן כו"ן ואף דהוי ספ"ד מ"מ לפי מה שהוכיח החוו"ד בסימן כו"ן דגם בספק אי דבר זה נוקב הבני מעיים יש לאוקמוה להבהמה בחזקת כשרות דלא כמ"ש התב"ש דאין סברא לומר משום חזקתה דדבר זה אינו נוקב וכמו כן בספ"ד והחוו"ד סתר דבריו מאלמנת עיסה דמוקמינן לה בחז"ה אף דהספק אם בעלה היה חלל אע"כ דכל די"ש חז"ה אין מוציאין מחזקתה בספק עיי"ש ולפ"ז ה"נ בספקא דידא ומ"מ לפימ"ש הש"ך ביו"ד שם דבהפ"מ יש להקל בספיקא דאורייתא כש"פ חז"כ ה"נ אין לאוסרה על בעלה.

סימן כ"א

ס"ב פרוצות בירושלמי פ"ב דכתובות ה"א ז"ל ורא"ה פרוע ועידיה מעידין אותה שלא נבעלה וחם לומר שמא בתולה מן הנשואין היא ז"א בתולה מן הנשואין איכה יוצאה ורא"ה פרוע וחם לומר שמא מוכ"ע היא אלא כר"מ דמוכ"ע כתובתה מאתיים ואר"י לא חשו על דבר שאינו מצוי עכ"ל ואינו מובן מ"ש ועידיה מעידין אותה שלא נבעלה גם מ"ש ואר"י דהל"ל אר"י ויש לעיין אם בעולה שלא נשאת עדיין כלל מותרת לצאת בראש פרוע ובדג"מ כתב מדפריך בירושלמי פרק שני דכתובות אהא דרא"ה פרוע שמא בתולה מהנשואין הוא ז"א דאסורה לצאת פרוצות רא"ש וחם לומר מוכ"ע היא כר"מ דמוכ"ע כתובתה מאתיים ועדיין תקשי בזה בעולה היתה וע"כ מוכח דפנויה בעולה אסורה לצאת פרועה את"ד ולפמ"ש המלחמות ריש פרק ב' דכתובות להשיג על הרז"ה שכתב אהא דפריך הש"ס למ"ל עדים שיצאה פרועה הא רוב בתולות נשאת אף דקי"ל כשמואל דא"ה בממון אחר הרוב משום דהכא איכא תרתי רוב וחזקה דגופה מהני להוציא ממזקת ממון כדאמרינן בברי וחזקה דגופה משום דאיכא תרתי כנגד הדא והמלחמות דחה דליכא חזקה דגופה דשמא נתאלמנה וכל הנש"ם עומדין להכשא רק בחזקת שלא נבעלה כשהיא פנויה עומדת דישראל בחזקת כשרות ולא"ח לזנות וא"כ להכי לא פריך בירושלמי שמא בעולה היתה דבזה יש רוב נשאות בתולות וחזקת הגוף והא דפריך שמא מוכ"ע ולא משני דיש רוב וחזקה דגופה משום דבכתובות דף ל"ו ע"ב איתא דכולהו הביטי מיחבטין וכתבו תוספת בפ"ק דכתובות דף ע"ת מה"ע מוכ"ע שכיח א"כ מה"ע כמי ליכא רובא וחזקה דעבידי להיות מוכ"ע לס"ד דהמקשן ועכל"ל כן דהא כתב המלחמות דירושלמי ס"ל ברובא וחזקה מוציאין ממון וא"כ מה פריך שמא מוכ"ע היא.

אלא עדיין י"ל לפי מה דאמר רבינא בכתובות דף ע"ז דרוב הנשאות בתולה יש לה קול ומדלית לה קלא אתרע רובא דבתולות נשאת תקשי מה יועיל עדים שיצאה רא"ה פרוע שמא בעולה היתה אם מותרת לצאת פרועה אך גם מזה אין ראיה דהא כתבו תוספת דאף דלית לה קול עדיין יש רוב בתולות נשאת דרוב זה עדיף מהרוב יש להם קול אלא מ"מ אתרע קלת שלא להוציא ממון אפילו לרב

א"כ י"ל דדוקא ע"י רוב לבד אבל לחום לבעולה דיש תרתי רובא וחזקה שפיר מהני כמו דמהני ברי וחזקה להוציא אף דברי גרוע מרוב כמ"ש פנ"י והפלאה שם.

ולע"ד י"ל דרוב בתולות נשאת עדיף מרובא דקלא משום דרובא דקלא שוין באיכות הרוב והמיעוט משא"כ רובא דבתולות המיעוט תלוי במעשה קידושין וקסין זווינו ש"א כקריעת י"ס ואיתא ברפ"ג דבכורות דמשני רבינא דלא אזלינן בתר רובא דתלי במעשה וכתב רמב"ן שם דמיעוט שאינו תלוי במעשה עדיף מרוב התלוי במעשה ולפ"ז המיעוט שמא כבר היתה נשואה הוי רק כמיעוטא דמיעוטא לכן אף דרובא דקלא עומד נגד רוב אחד של רובא בתולות עדיין נשאר רוב רק קי"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב ומה דמקשת הש"ס כיזל בתר רוב הנשאות הן בתולות קאי אליבא דהלכתא דקי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב ומדלא אמר הכיחא לשמואל וכ"כ תוספה בסנהדרין פ"ק דף ג' ע"ב דברוב חשוב גם לשמואל הולכין בממון אחר הרוב וכאן דהרוב אינו תלוי במעשה והמיעוט תלי במעשה ודאי הוי רוב חשוב לכן אף דליכא חזקה דגופה כמ"ש המלחמות מ"מ פריך שפיר דכיזל בתר רוב הנשאות בתולות נשאת דגם לשמואל מהני ומה גם די"ל רבינא המתרץ הוא גופא המקשן כמ"ש תוספת ר"פ א"נ אהא וכמה אריי"ל דבכ"ד המשיב הוא גופא השואל ולפ"ז א"ש מה דבירושלמי פריך כמי למ"ל עדים שיצאה בהינומא ורא"ה פרועה הא רוב הנשאות בתולות נישאות ומשני זאת אומרת אין הולכין בממון אחר הרוב וקשה דאטו יכחיש המליאות דרוב קלא אית להו וכיון דליכא קלא אתרע רובא כדמשני רבינא אלא דכהי דרוב דקלא עומד נגד רוב אחד מ"מ נשאר רוב אחד כיון דרוב הכישאות בתולות הן הרוב אינו תלוי במעבה והמיעוט תלוי במעשה דחשוב כמיעוטא דמיעוטא.

ולפ"ז נבאר דברי הירושלמי דהכה בבבלי פ"ב דכתובות דע"ז פריך כיון דרוב נשים בתולות נשאות כי לא אתו עדים מאי הוי ומשני רבינא דכל הנשאת בתולה י"ל קול והו הואיל ואין לה קול אתרע לה רובא פרש"י שאין מעיד עליה שיצאה בהינומא משמע בש"ס עדים חשבינן קול אלא דתוס' שם ובב"ב דף ל"ב ע"ב כתבו מדפריך אה"כ כיון דכל הנשאת בתולה י"ל קול הכך סהדי בקרי נכהו ש"מ דלא סגי בעדים לבד ליחשב קול ועדיין אפשר לומר דוקא לס"ד דכל הנשאת יש לה קול וכפרש"י כיון דחזקה די"ל קול הרבה היו יודעין אבל למסקנא דרק רוב י"ל קול ומיעוט יזדמן דאין לו קול כלל ה"נ יזדמן דאין הרבה יודעין רק איזה אנשים כיון דיש עושין בלבעא כ"ש יש שאין עושין בפרקוס רב והירושלמי ג"כ קסיא ליה מה אהני העדים דרא"ה פרוע הא היה לריך להיות קול ומדליכא קלא סהדי סקרי ככהו לזה אמר ועידיה מעידין אותה שלא נבעלה דחשוב קול דנשאת בתולה ע"י העדים וכס"ד דרש"י ותוספת.

והנה הא דפריך וחם לומר שמא בתולה מן הכישואין היא קשה הא רוב נשים בתולות נשאת ואי דאין הולכין בממון אחר הרוב הא תיכח כשאין עדים דיצאה פרוע מדליכא קלא אתרע רובא דתו אינו רוב חשוב אבל כאן דבאמת יש עדים דיצאה פרוע זהו גופא הקול וכ"כ בגליון הירושלמי דלירושלמי זהו חשוב קול א"כ לא אתרע רובא והוי רוב חשוב

כיון

כיון דהרוב אינו תלוי במעשה והמיעוט תלוי במעשה ואיך מוכח דבתולה מן הנשואין אסורה לצאת פרוע לכן מקיק וחס לומר, שמא מוכ״ע היא אלא כר״מ היינו בתמיה וכי נימא דסתם מתניתין כר״מ ולא כהלכתא ורבנן ואר״י לא חשו לדבר שאינו מצוי וא״כ כהי דמוכ״ע אינו מצוי מ״מ חזי לאצטרופי למיעוט בתולה מן הנשואין והוי מיעוט שלם וכמ״ש ריטב״א בר״פ האשה בתרא דאותן שאין מהעברות מעוטא דמיעוטא גרועא היא ובכלל מיעוטא דמפילות חשבינן ליה דלהוי תרוייהו מיעוט שלם וא״כ ניחוש שמא מיעוט בתולה מן הנשואין ומוכ״ע דהוי מיעוט חשוב ולא כוליא ממון לכן זאת אומרת דבתולת מן הנשואין אסורה לצאת פרוע ומ״מ לענין בעולה כשלא נשאת כלל כיון דבזה יש חזקת הגוף ועם רוב הנשאת בתולה נשאת מוציאין ממון אף דבצירוף חשש דמוכ״ע הוי מיעוט שלם כיון דמ״מ יש רובא וחזקת הגוף אבל מה שכתב בש״ק גם הא דל״ח שמא בעולה היתה דזה לא שכיח רק במוכ״ע ס״ד דשכיח לא נראה דעדיין תקשי דנצרף חשש מוכ״ע עם חשש בעולה ולהוי מיעוטי שלם.

וצל״ע לפי מה דאיתא בכתובות דף ל״ו כולהו שכיחי מיחבטן וכתבו תוספת בפ״ק דכתובות דמוכח מזה דמוכ״ע שכיח אם כן מה יענו לקושית הירושלמי מה אהני דעדים ומעידים שיצאה וראשה פרוע נטעון ליורשיו שמא מוכ״ע היתה ואין לומר דמוקי למתניתין כר״מ דמוכ״ע כתובתה מאתיים א״כ הוי מחלוקת ואח״כ סתם ואיך פסקו הפוסקים ובב״ע לקמן סימן ס״ז ס״ה כתובתה מנה ועוד איך פסקו לקמן סי׳ ל״ז סע״ו דאם יש עדים שעשו לה כמנהג הבתולות כתובתה מאתיים ול״ל נהי דהוי מיעוטא דשכיח מ״מ רובן אינן מוכ״ע דלאו כל דמיחבטן נעשו מוכ״ע ויש נמי חזקת הגוף והוי רובא וחזקת הגוף אי נמי כמ״ש רדב״ז שבאה״ז בפרק שני דכתובות בדף ט״ו ע״ב בד״ה אם יש עדים דמוכ״ע אינה יוצאת בהינומא וראשה פרוע וכ״כ לתרץ קושיה הירושלמי דניחוש שמא מוכ״ע והיינו כמ״ש דלש״ס בבלי ל״ל דמוכ״ע ל״ש ועדיין צריכין למודעי דניחוש בהעלימה מכתה ויצאה בהינומא ול״ל כמ״ש באה״ז בכתובות פ״ג דף ל״ו ע״ב בד״ה מפני שנחבטת דמראות לאמן וקלא אית למלתא עיי״ש וא״כ ליכא חשש העלמה בו״כ בהפלאה דף י״ת עמ״ש תוספת דמו״ע שכיח דמ״מ אינו רק מיעוט.

ובשבו״י ח״א סי׳ ק״ג הוכיח דבתולה בנאנסה אסורה לילך בראש פרוע מילקוט פ׳ נשא ליעוד על בנות ישראל שיהיו מכסות ראשן והכר לדבר ותקח תמר אפר על ראשה וכו׳ ופ״מ ח״א סימן ל״ה כתב דאין לכופה לכסות ראשה דאי משום הכתובה כל הנושא אשה בודק וחוקר וכיון דנתפרסם בזנתה אם יעשה לה כתובה כלבתולה מדעתו הוא יהא דנהגו לכסות ראשה עושים למוצתה שמא תשא כרכה בין שכיה ויוודע שזינתה עיי״ש ולפ״ז תינח אם נשואה אינה הולכת בגילוי ראש יסברו שהיא נשואה לכן מדתמר כסתה ראשה כדרך הנשואות שמכסין ראשה כדי שיסברו שהיא נשואה יש זכר לדבר דנשואה לא תלך בגילוי ראש.

גם מה שהשיג על המו״י בסימן קל״ו שכתב דארוסה שנתקדשה לא תלך בגילוי ראש דא״כ מה הועילו חכמים בתקנתן דיוצאת בהינומא ופרוע ראש הא יש לחוש שתתפוס מאתיים ותאמר שלא יצאה פרועה ומשום שהיתה ארוסה ונתאלמנה וכמ״ש בכתובות ע״ז ע״ב דלפיכך בבעולה מעידין לפניה חביות פתוחה עיי״ם הנה לפימ״ש תוספת והאסוכים שם דהתפיסה ל״מ רק כשים לה מגו דלא תפסתי א״כ קשה הא כל מגו מועיל משום דאם איתא דמשקרת היתה משקרת בטענה טובה ממה שטוען עכשיו וא״כ למה לנו לחוש שתתפוס ותאמר שקר שבתולה היתה הא יש לה טענה טובה מזה שלא תפסה כלל אע״כ כיון דעכ״פ על צד הרחוק ידמון שתתפש שלא בעדים ותבחר בטענת שקר במגיע לה מאתיים מה אכפת לן לתקן להשמר מזה ולגרמותהו כהגו כן ולא שיהא בזה שום חיוב דאין גוזרין משום מלתא דלא שכיח אבל ארוסה שנתקדשה דיש בזה גדר משום חשש איסור דהנערים זהירין מאיסור חמור דנתקדשה ומפניות אין זהירין כ״כ כמ״ש בחוי׳ שם א״כ איך נדחה גדר איסור שלפנינו מחמת חשש רחוק והפסד ממון שלעתיד ומ״ש דמה הועילו בתקנתן שפיר הועילו להאשה כשתביא ראיה דיצאה ראשה פרוע תטול מאתיים והא דאמר בירושלמי וחש לומר שמא בתולה מן הנישואין היא ז״א בתולה מן הנישואין אינה יוצאת וראשה פירוע דמשמע מן האירוסין יוצאת לאו ראיה היא לפימ״ש בשו״ת ר״י הלוי אחי הטו״ז סי׳ ע״ת דארוסה אסורה בגילוי הראש רק בשעת החופה יוצאה בהינומא וקלת שערות יוצאין על כתפה ומחמת דרק קלת שערות יוצאין ולא נתכונו לפריצות ולא נגילה בזה רק אז נהגו ליכא איסור עיי״ש אם כן כונת הירושלמי דבתולה מן הנישואין אינה יוצאת וראשה פרוע דלא יעשו לה זה ולא משום איסור אלא כדי שלא תגבה מאתים ע״י העדים.

ס״ך ע״י שליה בהגהות י״א הביא בל״ע ומ״ש במלכים ב׳ ד׳ עתה רוץ לקראתה ואמר לה השלום לך וכו׳ ונראה דבא״ה דהרגים שים לה איזה צרה וצריכה לתפלתו וכמ״ש בטו״ז דכ״ז האיסור ומלד בנראה אהבה בדרישת שלום אם יש צורך כגון שלא היתה בקו הבריאה או כיו״ב מותר לכתוב הודיעני משלום אשתך ועכצ״ל אף באופן שבזמן אחר אסור דאל״ה קשה הא בלא״ה מבואר בש״ע דמותר לשאול לבעלה איך שלומה ועכצ״ל דהיינו שישאל אשתו ויודיעו וא״כ אפשר דגם מותר כה״ג ע״י אחר דזיל בתר טעמא שאין נראה בזה אהבה.

ופ״ת תירץ עפ״י מ״ש הריטב״א בשילהי קידושין דהכל לפי מה שמכיר בעצמו וכו׳ ועדיין קשה אם היא מכיר בעצמו אינו מכיר בשלוחו ואיך שלה את גחזי ומפרש דלא היה באמת בהאי דרגא כמבואר חז״ל על ויגש גחזי להדפה בהוד יפיה ועכצ״ל משום דהיה צורך לדעת מה בקשתה וז״ש עתה רוץ יבואן אחר כך.

וע״ד אגדה י״ל דמבואר בספיף הקודם דהכל לפ״ם מותר ובריטב״א התנה שיהא חסיד גדול ומכיר בעצמו שלא יעלה הרהור בלבו כתלא תרוייהו צריך כי לפ״ם באואי מלוה א״כ אך באתרא דשכיח היזקא אין לסמוך רק בחסיד ל״ם היזקא בזה ועל חסידותו לבד אין לסמוך דאל תאמן בעצמך ואלישע דשלח את גחזי לשאול בשלומה כהי דהוה לפ״ם מ״מ צריך שיהא בטוח בעצמו וז״ש המסורה עתה רוץ עתה הנה בטחת עתה המצלעדי ה׳ דהזהירו שלא ילך רק אם בטוח בעצמו ועושה לפ״ם כי אפילו בטוח המצלעדי ה׳ מותר בתמיה או עתה רוץ מחמת שהוא לצורך וכמ״ש הטו״ז הנ״ל ואמר המסורה עתה דוקא כי הנה בטחת בתמיה וכי בטוח אתה שלא תבא

להרהור

להרהור ועוד דוקא עתה המצלעדי ה׳ כי איך עושה לש״ש וכי סלקא דעתא שיהא מותר זולת עתה שהוא לצורך.

אן כי הולאות שעה היתה עפ״י נבואה לכן אמר עתה דייקא הולאות שעה וכיון דעפ״י נבואה היתה בטוח שלא יכשל והיינו עתה הנה בטחת כי עתה המצלעדי ה׳ וכיון דמאתו לא תלא הרעות בטוח שלא יארע לו נזק בנפשו.

סימן כ״ב

אסור להתייחד עם ערוה בפריצה כתב דא״ל כמי בכלל עריות ואסור מה״ת ועל״א הקשה דא״כ למה לרמב״ם פ״א מה״א דזנות פנויה בלאו דל״ת קדשה אין היחוד אסור רק מגזרת דוד וב״ד ועוד דבפ״ב דסנהדרין אמר כמה קשין גירושין דהתירו לדוד המלך ע״ה להתייחד עם אבישג ולא התירו לו לגרש אחת מן הי״ח נשיו ולישא את אבישג ופרש״י אף שנאסר יחוד פנויה ואם יחוד הי״ל דאורייתא הכ״ל דמה״ת אסור משום לא ירבה לו נשים ועוד קשה הדבר לאמרו שהתירו לו איסור דאורייתא א״ד ולק״מ דהא איתא בסוטה דף ז׳ דיחוד אשתו נדה אף שהיא בכרת ומותרת משום דיש היתר לאיסורו ולא תקיף יצרו כ״כ א״כ י״ל מאי ה״ל דאין היתר לאיסורו משא״כ פנויה יכול לישאנה דמה״ט אמרינן חזקה ל״ש התירא ועביד איסורא וכן באבישג בידו לגרש אחת מנשיו ולישא זאת הרי יש היתר לאיסורו.

ובלאה״נ לק״מ מהך דסנהדרין דלאו דלא ירבה לו נשים דוקא ע״י אישות לרמב״ם פ״ג דמלכים גם פילגשים ולהשגות שם בפילגשים ליכא איסור דלא ירבה אבל זנות דפנויה לכ״ע ליכא משום לא ירבה ובמנין המלות לרמב״ם מלוה שס״ד ה״ד בכתובה וקידושין ובפרש״י גופא בסנהדרין שם בד״ה והא כתיב ויקח דוד עוד כתב אלמא עובא הוי ליה נשים נראה כוונת רש״י דלא פריך מדכתיב נמי פילגשים דבזה ליכא לא ירבה אלא הקושיא מנשים אף דרש״י ס״ל פילגשים הייתו בקידושין בלא כתובה בפרשת חיי שרה וגם לרמב״ם דגם בפילגשים עובר משום לא ירבה נראה משום דכתב בפרק ד׳ מהלכות מלכים הלכה ד׳ פילגשים בלא כתובה ובלא קידושין אלא ביחוד לבד קונה אותה וכיון דקנייתו הן יש בהן משום לא ירבה לו אבל בזנות בעלמא ליכא משום לא ירבה וא״כ מלאתי שכ״כ במנחת חנוך מלוה תק״ה דפשוט דהלאו הוא רק שלא ירבה ע״י קידושין או לכס פלגש לא על ביאה לבד ואם כן מהיכי תיתי לאסור להתייחד דאם איש בנעורת מי יכריחו ליקחה לפילגש ולעבור אלאו דלא ירבה.

ועוד לפימ״ש דרישה לקמן סי׳ כ״ו דלרמב״ם וטור דלוקה על זנות פנויה דוקא ברלונה נקראת קדשה דכמו שזנתה עם זה תזנה עם אחר וכ״כ ביד המלך פ״א ומה״א דגם לרמב״ם דביאת פנויה בלאו דל״ת קדשה רק ברלונה לזנות דהויא קדשה לא באונס א״כ י״ל דמה״ת איסור יחוד רק היכא דגם באונס אסרה תורה אבל היכא דאין הביאה אסורה רק כשמתרלית לא חששה תורה שיסכימו שניהם לעבירה ומפרש דנתחזק מ״ש לעיל דיש היתר לאיסורו דאם מתרלין זל״ז הלא בידם לעשות בהיתר על ידי קידושין ועיין לבוש לקמן סימן קי״ט סי״א דזנות גנאי יותר להאשה מלהאיש וא״כ ליכא למילף מקרא רק היכא דלאסור גם באנוסה אבל לענין חילוק לאו

ונכרת תליא אי אמרינן לענין הרחקה מה לי איסור לאו מ״ל איסור כרת ויש בזה סתירה בפרש״י מפרק הערל דף פ״ב לפרש״י ר״פ בתרא דיבמות ועיין מל״מ פ״א מהיו״ע הי״ז ועיין שו״ת רשב״א סי׳ תקפ״ז דילרו של איש גדול משל אשה ואיש דרכו לחזר ול״ע א״כ למה אמרו בפ״ב דכתובות דף כ״ח דהיא נידחית מפניו הא על המזיק להרחיק עלמו בגירא דיליה כדאיתא בפרק לא יחפור כ״ה ע״ב וא״ל עכברא חורא מה עביד כדאיתא בפ״ב דקידושין כ״ו ע״ב איברא יש ראיה לרשב״א מפע״י דף פ״א דאמר שקולי דרגא מתותי ביבי ופרש״י שלא ירד ותתייחד ודברי רש״י מוכרחין דלא חשש שלא תעלה מדאמר מתותי ביבי ועוד מה יועיל הא תוכל להחזיר הדרגיו וע״כ משום דאיש דרכו לחזור חוץ מהאם עם בנה בפרש״י במסכה פע״י פ׳ ע״ב כתב בד״ה מתייחד אדם עם אמו ועם בתו טעמא מפרש בגמרא ושם בגמרא יליף מכי יסיתך ובדף פ״א ע״ב אר״י אר״א מתייחד אדם עם אחותו ודר עם אמו ועם בתו וכתב רש״י ד״ה ודר עם אמו׳ ועם בתו דלא תקיף ילריה עלייהו דאהכי ביה אכשי כנה״ג וכו׳ ונראה כונתו דהקרא דכתיב כי יסיתך וכו׳ בסתר דיליף מזה דעם אמו ובתו מתייחד מדכתיב בסתר כדאיתא בירושלמי בפע״י ובפ״ק דסוטה ומהתם ליכא ללמוד היתר רק על יחוד במקרה מדכתיב בסתר דאל״כ איך נסתרו יחד אבל לדור בקביעות ליכא הוכחה לכן במסכה דאיתא דמתייחד עם אמו ועם בתו פרש״י טעמא מפרש בגמרא אבל אהא דדר עם אמו ועם בתו הולרך רש״י לומר משום דלא תקיף ילריה אחר דאהכי ביה אככה״ג ובזה מיושב מה שהקשה בש״ק בפ״ק דסוטה הא מקרא דרש ולמה פרש״י דאהכי ביה אככה״ג ובעל״א הקשה דא״כ ה״ל למסרי גם שאר ה״כ דמחמת קירבה כמו אחות אביו ואחות אמו ולפימ״ש א״ש דקרא אהכי לענין דמותר להתייחד עם בתו ואמו ואסור עם שאר קרובות אבל להתיר לדור בקביעות ל״ל משום דאהכי אכשי ככה״ג דלא תקיף ילריה אלא דטעם זה מועיל לענין דירה בקביעות עם אמו ועם בתו כיון דליכא רמז איסור בקרא אבל שאר קרובות דמוכח מקרא דאסור אף דנתבטל הטעם קלת אחר דכחליניהו לעיניה מ״מ כיון דכבר נאסר נשאר באיסורו הדא דא״א שיוחזר להיתר אף דבטל הטעם כדאיתא בפ״ק דבילה דף ה׳ ועוד נהי דלא תקיף ילרא מ״מ חשש מועט יש גם אחר דכחליניהו לעיניה ונהי דמתחלה נאסר היחוד משום דתקיף ילרא מ״מ אחר שכבר נאסר נשאר באיסורו בטעם מיעוט לבד וכה״ג איתא ברא״ש גיטין דף י״ז ע״ב.

והנה בש״ס אמר רב אסי מתייחד עם אחותו ואינו דר עמה ועם אמו ובתו ודר עמהן ונראה החילוק דאף דלא תקיף ילרא כ״כ מ״מ אסרו חכמים דירה בקביעות דעדיין יש חשש כיון דידורו בקביעות רק עם אמו ובתו אין רוב הליבור יכולין לעמוד בו לכן לא גזרו והפוסקים השמיטו הא דר״א דמותר להתייחד עם אחותו עב״ם וכ״ל דיל״ד היכא רמיזא היתר יחוד לאחותו בשלמא בתו מפורש בקרא בדברים י״ג פרשת ראה כי יסיתך אחיך בן אמך או בנך או בתך וכו׳ בסתר ולמד בירושלמי מדכתיב בסתר דמתייחד עם בתו והא דבן מתייחד עם אמו פירש בקרבן עדה פ״ק דסוטה אהא דקאמר הירושלמי אמך בסתר מדכתיב בן אמך ומשמע דהבן עם אמו דאל״כ מ״ש בן אמו דנקט ולא בן אביך ול״כ עוד דיש ק״ו כיון דעם בתו מתייחד מכ״ש עם אמו דמבואר

בזהר

בזהר פרשת וילך דף קכ"ד ע"ב דקני בר נש עריין דאמיה ואחתיה ויתייחד ב"כ עם אמיה בכל אתר ולא יתחשש והא אתערו בן מתייחד עם אמו ועיי"ש וכן הוא בירושלמי ר"י בשם רשב"י דמתייחד עם אחתיה ומשום דס"ל דקני עריתה דאחתיה אך במשנה לא תנן אחתיה וגם בזהר כתב והא אתערו בן מתייחד עם אמו ולא אסיק גם עם אחתיה ונראה דזה תליא בפלוגתא דיש אם למסורת דהנה כי יסיתך אחיך בן אמך קרינן הכף שבסוף אלו התיבות בקמץ דקאי על זכר אבל לפי המסורת יש לפרשו דמזהיר נמי לנשים והכף דיסיתך ואחיך ואמך בלא קמץ רק בשוא דקאי להנקבה וכיון דכתיב בסתר הרי דהאשה מתייחדת עם אחיה ולכן רב אסי דס"ל בפ"ג דכריתות דף י"ז ע"ב דחייב על חתיכה אחת ספק חלב דיש אם למסורת מלות כתוב ה"נ ס"ל דמתייחד עם אחותו ואנן פסקינן כמ"ד התם דאינו חייב אא"ת רק אחתיכה משתי חתיכות דמלוות קרינן א"כ כאן לא נזכר בקרא יחוד עם אחותו וממילא היא בכלל שאר קרובות ובירושלמי דאר"י משום רשב"י דמתייחד עם אחותו משום דר"ש ס"ל יש אם למקרא ולמסורת כדאיתא בפ"ק דקידושין דף י"ח ע"ב.

ויל"ע בלשון הזהר הנ"ל דכתב אהא דבנוהא לאה מהנא דקאי ב"כ עריין דאמיה ואחתיה ויתייחד ב"כ עם אמיה בכל אתר ולא יתחשש עכ"ל ויש לדקדק חדא כהי הא דקאי ב"כ עריין דאמיה מוכח מהא כי שכוחה לאה כמ"ש בלק"ת להאריז"ל פרשת וילא ובמק"מ עפ"י הסוד אבל מנ"ל אחתיה ועוד למה שביק אחתיה לענין יחוד וגם מה בכל אתר ונראה כיון דמוכח דקאי עריה דאמיה ממילא ס"ל מסברא דקאי ג"כ עריין דאחתיה כיון דכולדה ואמו כאומה בתה וברא כרעא דאביה ה"נ בת כרעא דאמה ומ"מ נחית דרגא ואין השגחה כ"כ כמו עריין דאמיה אלא חלק ממנו כמו שהבת רק חלק מהאם לכן רק עם אמיה מותר להתייחד בכל אתר הן בעיר דאין חשש כ"כ על אונס דיכולה לצעוק וגם ברצונה רחוק הדבר כי הזנות גנאי לאשה יותר כמ"ש לעיל מן הלבוש דלקמן סימן קי"ט אלא גם בשדה דיש חשש אונס כדכתיב אם בשדה ונלאה לעקה ואין מושיע מ"מ אין חשש מחמת גודל השגחה אבל אחותו דאין השגחה גדולה כ"כ יש חשש בשדה שלא יאנסה אבל בעיר דאין לחוש לאונס דיכולה לצעוק גם לרצון אין חשש כ"כ דגנאי לה הזנות יותר וגם שניהם חוששין שמא פתאום יבואו אחרים וירגישו לכן בצירוף השגחה קצת אין איסור ועוד כמו דרב אסי מתיר להתייחד עם אחותו ואוסר לדור ובאמו מתיר גם לדור וכתבתי הטעם משום דבאמו א"א לגזור דאין הרוב הציבור יכולין לעמוד בו כן ס"ל לזהר לחלק באחותו דבשדה אסור דבזה יכולין לעמוד שלא להתייחד בשדה משא"כ בעיר מה יעשו ואם ואחותו מוכרחים לסמוך אשלחן אביהם ולא ימלטו מלהתייחד אין רוב הציבור יכולין לעמוד בו לכן לא גזרו בעיר מלהתייחד ויותר י"ל כונת בכל אתר כדתנן במשנה מתייחד אדם עם אמו ועם בתו וישן עמהם בקירוב בשר הגדילו זו ישנה בכסותה וזה ישן בכסותו והיינו בכל אתר אפילו במטה אבל עם אחותו אסור לישן במטה אחת.

ס"ה לא תתייחד אשה אחת בתוספתא דקידושין פ"ה בזה"ל מתייחדת אשה אחת עם שני אנשים אפילו שניהם כותים אפילו שניהם עבדים אפילו אחד כותי ואחד עבד והקשה בעל"א הא בגמ' אמרינן אפילו עשרה פרוצים אסור וה"ל לש"ס לפרוך מתוספתא זו כמו דמקשה שם מקיפא לר"א ולק"מ כמו דמוקי פ"ק דגיטין בכותי חבר והך דשלשי יבמות דעבד כאמן מוקי בעבד כשר כמ"ש בב"ש סי' י"ז ס"ג ה"נ י"ל כן ואה"נ אחר שעשאום כגוים גמורים דינם כגוים תו כתב העל"א דקשה מקיפא דתוספתא דמקיים שם אבל היא לא תתייחד אפילו עם מאה כותים ובמא"כ ל"ד דבתוספתא איתא מאה גוים והיינו דגירסא בכותים כשרים ועדם שעשאום כגוים ואפשר לפי גרסת העל"א י"ל דרישא מדינא דאין למחות בה ולהתייחד עם שני כותים אבל היא תחוש לעצמה ועלה טובה קמ"ל ומדויק לשון אבל היא.

ובזה מיושב הא דפכ"י דף פ"א דא"ר לר"י דל כרעיך וא"ל ר"י והא מר הוא דאמר בכשרים שפיר דמי והקשו בעל"א וב"מ הא מתניתין היא דמתייחדת עם שנים ולפימ"ש א"ש דמתניתין דינא קתני אבל רב אמר בכשרים שפיר דמי היינו דאין בזה כדכוד אפילו מגדת חסידות לעצמו ובזה א"ש לשון רב דאמר ל"ש אלא בכשרים אבל בפריצים אפילו בעשרה נמי לא דהדיוקין סתרי דגירסא משמע דוקא כשרים ודאי ולא בסתם ב"א וסיפא משמע דוקא פריצים אסור ולפימ"ש א"ש דרישא בכשרים מותר לגמרי וא"ל להחמיר כלל ובפריצים אסור לגמרי ומחינן בהו ובסתם בני אדם אסור רק מחמת הומרא דראוי להחמיר לעצמו וכ"כ המל"מ פ"א מהלכות סוטה בדעת הרמב"ם דסתם ב"א ל"ח כשרים ולא תתייחד עמהם אשה היינו דראוי להחמיר לעצמו אבל מדינא ליכא איסור להתייחד עם סתם ב"א שנים ולפ"ז שפיר אמר ר"י לרב והא מר היא דאמר בכשרים שפיר דמי דהיינו הך מימרא ולוכא דברי רב ל"ק ומהמשנה י"ל דמיירי רק מדינא אך לר"ן בפע"י שם דסתם ב"א חשיבי כשרים צ"ל דר"י שמע מרב דאמר בפירוש בכשרים שפיר דמי והר"ן שם גרס דא"ל ר"י לשמואל והא מר הוא דאמר בכשרים ש"ד ולפ"ז עכצ"ל דכך שמע ממנו ונראה הוכחה לאותו גרסא דהא כאראה הוי והרי רב אמר בדרך צריך שלשה וכמו דהקשה מהרש"א בח"א אבל אי גרסינן שמואל א"ש דר"י שמע משמואל דגם בדרך בכשרים הרי שפיר דמי או דרצה לדעת אם שמואל מחלק ג"כ בין עיר לדרך ומדלא השיב לו דבדרך צריך שלשה ש"מ דפליג על רב ובזה א"ש דהשמיט הרי"ף מימרא דרב דאמר בדרך צריך שלשה אף דהלכתא כרב באיסורא מ"מ כיון דפשטא דמשנה דסתם דקגי בשנים משמע דגם בדרך סגי שנים להכי פסק הרי"ף כן וסמך אהא דהביא המשנה סתם דמשמע דל"ש א"כ עיינתי בעין זוכר אות ה' סק"ג דהביא מהרב ראשון לציון בשילהי ביצה דאף דהלכה כרב נגד שמואל באיסורי מ"מ היכא דפשטא דמשנה מתיישבא טפי כשמואל פוסק הרי"ף כשמואל והרב עין זוכר חיזק דבריו ובים"ש פ"ד דקידושין סכ"א גוכם ג"כ שמואל.

וכן לא תתייחד איש אחד אפילו עם נשים הרבה בעל"א סק"ט הביא משנה דגיטין דף ע"ג דלא תתיחד עמו אלא בפני עדים אפי' עפ"י עבד אפילו עפ"י שפחה ופרש"י דפנויה היא ואסור להתייחד עם פנויה וא"כ איך מותר עפ"י שפחה דאפילו לרש"י דעם שלשה נשים מותר להתייחד אבל בשתי נשים מפורש במשנה פע"י דאסור ונראה דבשלמא שתי נשים משום דדעתן קלות חיישינן דיתפתו שתיהן כדאיתא התם דף פ' ע"ב ולכן אין להם פחד שאחת

תגלה

תגלה חרפת השניה ולכן כתב הרא"ש בשלשה נשים משום דא"א שיבעול כולן שרי לרש"י וה"ט דאותה שלא תבעל תגלה אמנם זה בבנות ישראל דזנות חרפה להם אבל שפחה מבואר ברדב"ז ח"א סימן קל"ו דסתם עכו"ם ושפחה זונה הן אינן בושות מן העיבור ולא מקפידות ומזנות ומתעברות ומתפארות עיי"ש א"כ הישראלית לא תתפחה ונפחדה שלא תגלה השפחה אף אם תקלקל גם היא וכן האיש האי גברא בההיא פחדא יתיב ובשו"ת חו"י סי' ע"ג ובבינת אדם בשער ב"ה סט"ז כתבו דאפילו יחוד האסור מדאורייתא אינו רק איש אחד עם אשה אחת כדילפינן מכי יסיתך דכתיב בסתר אבל עם ב' נשים או אשה אחת עם שני פריצים לכ"ע רק מדרבנן דעיקר איסור יחוד רק אחד עם אחת והובאו בפ"ת כאן ולכן דוקא בשתי נשים או שני פריצים דכולם יקלקלו ולא יגלו חששו חכז"ל משא"כ אם אחת שפחה מותר כיון דאין זה עיקר יחוד וכבר הבאתי לעיל סימן וא"ו ס"ב מב"מ פרק א"נ דף ע"א דאמר שם אשה דאבה לא תקנה עבדים דוקא בע"ב דלגיע לה אבל ע"ב פריץ לה ופרש"י לגיע לה מוחזק לגוע הוא בעיניה שאם יקלקלו יחד לא יתפאר לגלות הדבר הלכך אסור לקנותו ע"ב פריץ לה ויראה היא להפקיר לו את עצמה עכ"ל הרי כיון דפריץ יראה שיתפאר ויגלה וא"כ ה"נ בשפחה כנענית ובשו"ת רשב"א סימן תקפ"ז כתב החכם השואל כהמו"י וב"א ורא"ית הב"א והרשב"א לא דחה דבריו בזה שו"ר בשו"ת שב יעקב סימן י"ט שכתב להתיר מה"ט שני אנשים ועגלון גוי עם אשה אחת בדרך כיון דגוי אינו בוש ומגלות עיי"ש.

הג"ה עם שני אנשים כשרים ביש"ש פ"ד דקידושין סב"א כתב הא דקאמר בפרוצים אפי' בעשרה לא הוי היינו כולהו פרוצים אבל חד כשר וחד פריץ מתבייש הכשר מן הפריץ וכן הפריץ אינו עושה שום דבר בפני הכשר ומ"ה בדרך נמי סגי בשנים כשרים אף דהשלישי פריץ ומ"ה סמכי האידנא נמי בעגלון אפילו הוא גוי אם יש שני אנשים כשרים עכ"ל וקודם לזה הביא דברי הר"ן ורא"ש הא דשנים כשרים ומשמע דלא לאפלוגי עליהם אתי אלא דמ"ש שנים כשרים לאפוקי אם שניהם פרוצים וזה דלא כשב יעקב דס"ל דבעי בעיר שיהיו השנים כולם כשרים ובדרך כל השלשה כשרים ול"נ עוד אאת"ל דפריץ לא מתבייש מ"מ האשה לא תאבה לו שהכשר יגלה ולאונס ל"ח כיון שאחד כשר יסייעה ונראה ראיה דהא בגמרא דא"מ ל"ש אלא בכשרים ומביא מעשה היה והצילה עברה ור"י אמר תדע דמיחברי עשרה וגנבי כשורי ולא מתביישו מהדדי והרי כולם פרוצים וגנבים ואת"ל דחד פריץ וחד כשר נמי אסור מאי ראיה ואף שכתב השב יעקב ממדכתב הרמ"א שני אנשים כשרים מבואר דדוקא שניהם כשרים אינו מוכרח דהא בפ"ק דברכות דף ג' ע"ב אמר אי בתרי חשד נמי ליכא בתרי ופריצי הרי משמע דשניהם פריצי אבל בחד כשר ליכא חשד וא"ת התם דליכא אשה בודאי בחורבה רק חשד סגי בחד כשר א"כ למה אמר התם מפני המפולת ותיפוק ליה מפני חשד בתרי וכשרי למה לי שיהיו שניהם כשרים כיון דאינו רק מפני חשד אע"כ ליכא למידק מזה דדוקא שיהא שנים כשרים וכיון דיחוד עם שנים פרוצים בעיר או בדרך אפילו עם כשרים עד שיהיו שלשה אנשים לכ"ע אינו רק מדרבנן אאת"ל דרמ"א ויש"ש פליגי הוי ספק דרבנן ולקולא ומפרש דיש"ש טעמא יהיב ומסתבר כוותיה.

ס"ח בעלה בעיר ברכ"י כתב דיש ראיה קצת לרש"י דיש איסור מסוכה דף כ"ה ע"ב ול"נ דהתם החשש משושבין ושאר בני החופה דסתמייהו קרובים וגייסי אהדדי.

עוד הביא מירושלמי פ"ח דתרומות דאשה חדא סליק אכלה עני ונתנה לו לאכול וארגשה דבעלה בא ויהבת אותו בעילותא ואתי הבעל ונתנה לפניו לאכול ובתוך האכילה נייס ואכל הנחש מן המאכל והעני ראה וכאשר ניעור הבעל ורצה לאכול גילה העני דנחש אכל ממנו ואמר ע"ז הירושלמי ואין אסור משום יחוד מכיון דלא חשיד על הדא לא חשיד על הדא דכתיב כי נאפו ודם בידיהם והשתא אם כהתוס' דכשבעלה בעיר ליכא איסור מה פריך ואין אסור משום יחוד איברא דבלא"ה אינו מובן אפ"ת דלכתחלה יש איסור יחוד מ"מ בלא קינוי וסתירה אין אוסרין על היחוד ויפה מראה הקשה עוד ומאן לימא דלא נאסרה באמת עיי"ש ול"נ דאין הירושלמי מקשה כלל אלא דיכא מבעיא דכגון זו אין אסור משום יחוד וכמו דהרלו הוקי' אהא דשילהי נדרים דכ"מ לענין אם אמרה טמאה אני לענין הנטען ה"נ י"ל כן אך ודאי לתוספות דכשבעלה בעיר מותר לכתחלה דאימת בעלה עליה קשה מה כ"ל משום דלא חשוד על הדא הא בלא"ה אין חוששין לכן נראה דדוקא בבית דשכיחא הבעל ודאי לביתו יכנוס אימת בעלה עליה אבל בעילותא דאין דרך הבעל לעלות לשם זולת לפרקים אין אימת בעלה עליה דשמא לא יבא כלל ואם יבא שמא לא יעלה להתם והרי חזינן דהחביאה את העני בעילותא דאפשר שלא יעלה הבעל להתם והיא נתנה העני בעליתא והרי נתייחדה עמו אז ואפילו מלתא בעלה בבית מ"מ כיון שלא היה זר ביניהם יכולה היתה לעלות אחריו והא דפריך בפע"י דף פ"א אהא דאר"י שקולי דרגא ומיתי ביבי והא בעלה בעיר א"ת משום יחוד שא"ה דידע ר"י דרב ביבי בעילותא אימת בעלה עליה להתייחד עמו שם ובירושלמי פרק אין מעמידין מבואר דעלתה עם העני לעילותא וכשבא בעלה ירדה ומצאתי שם בפ"מ שכתב ג"כ דאין הירושלמי מקשה שתהא אסורה משום יחוד אלא קמ"ל דיכא דאין זה חשוב יחוד לאסור היכא דאוסרין משום יחוד וכ"ל עוד דכ"מ כשיקנא לה בעלה ונסתרה דכשי בקינא לה ונסתרה אסורה דרגל"ד הכא יש להיפך רגל"ד דלא זינתה וזה הרגל"ד עדיף דהא הרגל"ד מחמת הסתירה וקינוי אינה רק הוכחה דנסתרה לזנות ומ"מ בזה לא הספיק עד שראו אותם ובעלה מחשבה משא"כ הוכחה זו ומדומיה בו שנא לאכול והמאכל הוי הוכחה שלא זינה עמה וכן מצאתי בשמחירי שילהי נדרים דמגה הוכחה זאת מותרת אף שקינא לה ובהגה שם גמגם דתהא בספק סוטה ולפמ"ש נק"מ.

ס"ט בית שפתחו פתוח לר"ה אין חשש להתייחד שם בשו"ת רשב"א אלף רכ"א וז"ל ולענין מה שאמרת באשת כהן שנכנסה בחצר המגורה עם הכתב בחקירה והגיפו הדלתות מי חיישינן כדאמרינן בירושלמי תרעא טרוק סוטה והשיב הרשב"א דאין אשה נאסרת על בעלה אפילו כהן ביחוד בלא קינוי והגפת הדלתות שאמרת אין זה יחוד עד שיהא בית נעול במנעל כדמשמע בירושלמי תרעא טריק סוטה ומגף לריכה וטעמא כל שאינו במנעל ירא הוא שמא יכנס אחר שלא ברשות את"ד אך הב"מ שבתשובת רע"ק איגר סימן קו"ף הוכיח מקידושין דף פ"א דאם פתוח ולא

נסגר

כסגר במנעול ג"כ הוי יחוד מהא דאמר פ"פ לר"ה א"ה משום יחוד משמע דוקא פתוח מנעם ועוד מהא דאמר התם שני בתים נשים מבחוץ ואנשים מבפנים אע"כ חוששין משום יחוד והרי התם מהלך הפנימים דרך בית החילון ואינו סגור במנעול ולכן גמר אומר שבי"ם ברשב"א והביא כן מהב"י וראיתי בב"י סימן י"א כתוב כמו שכתוב בשו"ת הרשב"א וגם ברדב"ז ח"א סימן קכ"א הביא כן לשון הרשב"א והובא בפ"ת כאן ומעתה ח"ו לומר דנעלם מהרשב"א גמרא הנ"ל וכהי דמהא דפ"פ לר"ה נ"ק כ"כ די"ל דר"ל דאינו סגור במנעול אך ראיה השניה קשה ועוד יל"ד מה ראיה מייתי הרשב"א מהירושלמי אדרבה אמר מוגף לריכה דהיינו דהוי ספק איך נתירו לכן נראה דס"ל להרשב"א דאאת"ל דיחוד כזה אסור אינו מד"ת כיון דמרתת שמא יכנס אחר וכדמייתי ראיה התם משלהי ע"ז דמתירין היין כה"ג והש"ס דאמר בנשים מבחוץ ואנשים מבפנים חוששין ליחוד היינו חששא בעלמא לכתחלה ומדרבנן מדלא קאמר אסור ומפרש לרמב"ם דמיירי בפירש אחד מהאנשים לתוך הנשים הרי כבר פירש לפנינו והל"ל אסור אע"כ רק חששא לכתחלה הוא והא דקאמר דר"כ אמר הכי ובתוס' תני אפכא אנו כעביד לחומרא אף דהוי רק פלוגתא בחשש דרבנן י"ל משום דאין עושין ספק דרבנן בידים וכמבואר באחרונים בכללי ס"ס וה"נ כשנכנסין באופן זה הרי עושין הספק בידים והירושלמי נמי הכי ס"ל דאמר מוגף לריכא דהוי ספק ואין עושין ספק דרבנן בידים והרשב"א דקאי שם דכבר נכנסה האשה ולא היו הדלתות מוגפין רק העכו"ם הגיפו הדלתות והאשה לאו כלום עשתה בזה קאמר דאין זה יחוד כיון דכבר נעשה הספק הוי ספיקא דרבנן לקולא ומכ"ש בהא דהגיפו הדלתות היינו יותר מנכרי אחד ובזה ודאי ליכא יחוד מדאורייתא כמ"ש לעיל ולכן נמי קאמר פתח פתוח לר"ה לומר דבכה"ג מותר להתייחד לכתחלה להכנס שם ואין חשש להחמיר שלא לעשות ספק בידים משא"כ במוגף אף דלא כסגר הוי ספק וכהירושלמי ואין עושין ספק בידים.

ולפמ"ש הבית מאיר ביו"ד סימן קכ"ב דאין מתירין בום ס"ס או ספק דרבנן לכתחלה רק בשעת הדחק דחשוב כדיעבד ה"נ אפי' כבר היה אחד בבית ובאה אשה והגיפה הדלת ולא סגרה והוא בר"ה או בחצר שעוברין שם רבים אף דהספק כבר נעשה והשתא הספק אם החיוב לפתוח הדלת לגמרי או לצאת מ"מ אם אינו שעת הדחק כגון בחורף דהכל חולין אלא ליכא לריך לפתוח הדלת וגם הפני' בספ"ק דכתובות דף י"ב ע"ב כתב הא דספק דרבנן לקולא דוקא במידי דאית ביה פסידא אם נעביד לחומרא או טרחא יתירה עיי"ש ומ"מ לכתחלה לא יכנסו איש ואשה בבית וליגוף הדלת דזה חשוב עושה ספק בידים ואפילו במקום פסידא אין לעשות וכמ"ש המג"א בסי' תס"ז סוף סק"ב בשם מהרשד"ם ומהרי"ט לענין ס"ס אף דהתם הוי טרחא יתירה ופסידא ובמהרי"ט ח"ב חיו"ד ס"ב מבואר להדיא דגם באיסור דרבנן ובמקום פסידא אין לעשות ספק לכתחלה מדאמרינן בפסחים בארבא דטבע בחיטתא דאסיר לזבוניה לגוי שמא ימכרנו לישראל אף דחטים שנבללו במים רק מדרבנן אסור כמ"ש הרמב"ם בפ"ה מהלכות חמץ וכי זבין לעכו"ם הוי ספק אם ימכרנו לישראל ומ"מ אסור אף דאם לא ימלא כ"כ ישראלים שיקנו ממנו קצת קצת שימכר כל הארבא הרי יש לו פסידא הרבה מ"מ אסור לגרום ספק דרבנן בידים ועוד דמבואר ביו"ד סי' קכ"ט ס"א בהג"ה דלכתחלה אין לסמוך אטעמא דמרתת.

אך הרשב"א בתשובה שם דמביא ראיה להתיר יחוד באין הדלת סגור מהנהו עובדא דפרק בתרא דע"ז בי"כ עכל"ל דס"ל גם לכתחלה מותר ועש"ך יו"ד סימן קי"ח ס"ק ל"ב אך נראה לע"ד לפמ"ש ביו"ד סימן קי"ח ס"א בהג"ה דעכו"ם מרתת מפני מישראל ה"נ י"ל הא דע"ז שאני דעכו"ם מרתת מחמת דישראל בעל היין חושדו בא יצא לראות משא"כ לענין יחוד בישראל אינו מרתת כ"כ דסובר דלא חשוד בעיני ישראל ולא יצא לראות ולכן באנשים מבפנים ונשים בחוץ חוששין ליחוד.

ובמו"ן כתב לרש"י דמיירי שלא יעשו הדירה בענין זה דשמא יבואו לידי איסור באיזה פעם דהיינו שלא יהיו רק שני אנשים ויצא אחד שם ולא משמע הכי בקידושין שם דאמר אביי דייר גולפי ופרש"י שמקום קבולות אנשים ונשים או לדרשה או לחופה היה ומסדר קנקנים של חרס הרבה ביניהם.

ולפרש"י י"ל דלפיכך לא מרתת כמו בעובדי דיי"נ משום דבאו לדרשה או לחופה לא עבידי לצאת עד אחר החופה או הדרשה זולת זה שמיכוין לזימה יצא בסתר וכ"ל ליישב דברי הטו"ז דמה שהקשו תוס' שם דף פ"ב על פרש"י דמי שעסקו עם נשים לא יתייחד אפילו עם הרבה נשים וסתם אדם מותר עם ג' נשים מהא דאנשים מבפנים ונשים בחוץ דמשמע דלכ"ע אסור להתייחד עם הרבה נשים זה לק"מ מקובלות נשים ואנשים לחופה ולדרשה דמסתמא נמצא שם מי שעסקו עם נשים ופריצים ג"כ אלא דתוס' מקשו מאנשים בפנים דלא מיירי בקבולות לדרשה וחופה ומסתמא קאמר דחוששין משום יחוד אפילו דרך שם לזה תירץ הטו"ז כיון דדרך בקביעות יש לחוש דלפעמים יבואו לידי יחוד עם שני נשים או איש אחד ולפ"ז י"ל נמי הא דלא סמכינן אטעמא דמרתת כיון דאין הדלת סגור כמו לגבי יי"נ דשאני התם דמקרה בעלמא משא"כ כאן בקביעות אין לסמוך ובדרשה וחופה דג"כ אינו קביעות מ"מ לא עבידי לצאת עד אחר החופה והדרשה וכמ"ש.

אמנם הרי"ף השמיט לגמרי הך דאנשים מבפנים ונשים בחוץ והמתניתא דתני אפכא והא דאביי ורבא דדיירי גולפי וקניא ולא מצאתי מי שעמד בזה וכ"ל דס"ל כיון דמוכח מהנהו עובדי דע"ז דמרתת שמא יכנס אחד שלא ברשות כ"ז שאין הפתח סגור במנעול כמ"ש הרשב"א בתשובה הנ"ל והכא כיון דמהלך דרך הפנימים לצאת דרך החילון א"א לסגור ולמה אסור וק"ל כרשב"א דאטעמא דמרתת יש לסמוך אף לכתחלה וכמ"ש הש"ך ביו"ד סימן קי"ח ס"ק ל"ב ועוד אפ"ת כהראב"ן שבמרדכי דלכתחלה אין סומכין מ"מ הא כאן רק החשש שמא תפרש אחת או אחד לבית השני ולא ק"ל כרמב"ם דמיירי כשכבר פירש דסתמא דגמרא לא משמע הכי א"כ כיון דאפי' כבר נתייחד ליכא איסור רק לכתחלה אין לחוש שמא יתייחד וכמ"ש הפני' התם בישוב פרש"י מקושית התוס' בהא דבעלה בעיר וכ"כ האחרונים דהיכא דאף כשנתייחדו ליכא רק איסור בעלמא לכתחלה אין לחוש שמא יתייחדו וכ"ש בהא דאביי ורבא בקבילות אנשים ונשים לחופה ולדרשה דלא ימלט שלא ההא בעלה של אחת שם והוא משמרה אפי' הוא רק בעיר וממילא אין חשש גם על האחרות דבושות מזאת כיון דהא דאיש אחד לא יתייחד עם הנשים היינו משום דדעתן קלות ויתפתו כולן ולא יגלו

יגלו מפא"כ אם אחת בעלה בעיר ומוד הא רק עם שתי נשים לא יתייחד איש אחד אבל ביותר מותר כפרש"י ותוס' הקשו מהא דאנשים בפנים ונשים בחוץ מכל הלין ס"ל להרי"ף דזה אינו מדינא רק נהגו מדת חסידות יתירה וכמו אביי ורב כהנא דנזהרו מלהתייחד אפילו עם בהמה ור"מ מביתו ועיין רמב"ם פכ"ב מהא"ב ה"ב וכן הא דאמר רב לר"י דוקא כשרים כר"ח ב"פ דחסידות נהגו בעלמא ולא קי"ל הכי והרי"ף השמיט כל זה כיון דאינו מדינא ה"נ רק מדת חסידות שנהגו בעלמא וכן משמע ליפנא דחושפין משום יחוד ולא אמר אסיר וכן הא דאמר אביי כיון דר"כ אמר הכי ומתניתא תנא אפכא אנו נעביד כחומרא מדקאמר אנו ולא סגי ליה לומר נעביד לחומרא אלא דייק הנו ואין חיוב על אחרים.

סימן כ"ג

זה חמיר הקשה ב"ש מש"ח דאם מתירא שלא יכשל בא"א או בנדה וכו' ולע"ד י"ל כהי דחמיר מעבה אחת בזה ומעבה אחת בא"א או בנדהמ"מ אם יכשל בא"א או בנדה דילבשנו ילרא יעבה איסור בכל דיבה ודישה וכדמוכח ביו"ד סימן קפ"ה ס"ד שיבסה בלא דיבה ועיין תה"ם היו"ד סימן קנ"ה דתשובה וכפרה בעי על כל כח וכח ואף דהחר שלבשו היצר חשוב אנוס כמו בתחלה באונס וסופה ברלון מ"מ כאן תחלתו בפשיעה וסופו באונס ובר"ן פרק יוה"כ כתב דלמקוכן שוחטין בשבת ואין נותנין לו נבלה אף דמלאכה בשבת חיוב סקילה ואכילת נבלה רק לאו מ"מ עדיף לעבות איסור חמור פ"א מלהרבות באכילת איסור דיש לאו בכל כזית וכזית ואפילו להאכילו פחות פחות מכזית המיר מלבחוב כמ"ש מג"א סימן שכ"ח סק"ט ועיין פרק ד"מ דף ל"ד בפרש"י בד"ה על כל כח וכח דאי איכא ידיעה בין כח לכח חייב על כל כח וכח אפילו הוא רק ביאה אחת.

ועוד בא"א ונדה תכשל האשה נמי וכמ"ש דז"ל חמיר מ"מ מה דיותר חמיר הוי איסורא זוטא לגבי איסור בתעשה האשה וכיון דע"י פשיעתו תעשה היא איסור שהתפתה לו אחר שהוא ומהר אחריה כי דרכו של איש לחזור כמ"ש לעיל סימן כ"ב ומשו"ת הרשב"א סימן תקפ"ז א"כ מחויב לעשות איסורא זוטא כדי שלא תעשה האשה איסורא רבה ועתוס' פ"ק דשבת דף ד' בסד"ה וכי אומרים אלא דהדבר תמוה בעלמו כיון דנדה בכרת וא"א בחנק איך יתכן דז"ל דאינו בכרת והנק יהא חמור וי"ל עפ"מ שכתב המהרש"א בסנהדרין בטעמא דאין עונשין מה"ד כיון בזה חמיר ממנו אינו מתכפר בעונש המפורש באיסור הקל ומנו והשם יכפר ומה שתירץ בעל"ח דדוקא בדם בפנים וזורק בחוץ כמעשה ער ואונן חמור משאר עברות ליתא כמבואר בזהר פ' וישב דף קפ"ח ע"א ובפ' ויחי דף רי"ט ע"ב ולפימ"ש בזהר ויחי משום דקטול בנוי חמיר מרולא דקטיל לאחר י"ל דדוקא אם בזרע זו קטיל בניו אזי חמיר אבל כ"פ גם במשמש באשתו אינו מוליד ואז כשאין הורג בזרע זה ולד קיל מבא על א"א ונדה וכלפי בעיא גליא לכן ס"ל לכ"ח דלהנצל מאיסור א"א או נדה מוטב לעשות כן דאין ספק מוליא מידי ודאי ועפ"י רוב אין מוליד גם כשמשמש עם אשתו אף דרוב נשים מתעברות ויולדת היינו ע"י ביאות הרבה.

וז"ל הזהר בפ' ויחי שם מאן דזכי בידוי לאפקא ולחבלא זרעיה בריקניא ולהסיא עריין בההוא עלמא יתיר מכולא ת"ח וכו' מ"מ דכתיב ופתח ארלה עיי"ש והאי ולחבלא לכאורה מיותר וכ"ל כיון דלומד זה ממשחת ארלה דגבי ער ואונן אין ראיה רק כשנתכוין להשחית שלא יולד מזרע זה ולד וכמעשה דער ואונן שעשו כן כדי שלא תתעבר אבל כשאינו מתכוין רק לתאות אף שאפשר שהיה נולד מזרע זה ולד ועכשיו קטליה מ"מ אינו מתכוין פטור ומפרש דאינו פסיק רישא וכמ"ש ולכן בעובדא דס"ח דאינו מתכוין לזה נהי דאיסור גדול הוא מ"מ קיל מאיסור א"א ונדה עוד מבואר התם דחמיר מאחריני דקטלי בני נשא דהאי קטיל בנוי אוסיף דמין סגיאין והיינו דרולא אינו הורג רק לפי הזדמן לפעמים כי אינו בידו ואית לו אימתא דאינשי וב"ד ומלכותא משא"כ זה אין לו מונע ועושה הרבה פעמים וא"כ בנידון דס"ח שאינו רק פ"א קיל מאיסור א"א ונדה.

קטנה ביבמות י"ב ב' שלש נשים משמשות במוך פרש"י מותרות לשמש במוך שלא תתעבר ובכתובות פ"ג דף ל"ט פרש"י ואינן כמשחיתות זרע וכתבו תוס' דמשמע בשאר נשים אסור והקשו הא מותר לשמש עם קטנה ואיילונית עיי"ש ונ"י ל"ע אם יש בזה איסור בשאר נשים איך התירו בג' נשים ומפני הסכנה יותר ה"ל לאסור לשמש וא"ל דנדחה מפני מלות עונה דהא בכתובות דף מ"ס איתא דהיכא די"ל לא בעינא אין עשה דוחה ל"ת ולולא דבריהם י"ל דיובים איסור השחתת זרע ליכא דמשמש כדרכו רק אין לה רשות בלא הסכמת בעלה אי דלא ניחא ליה להבהית זרעו או קפידא י"ל במה דמשימה מוך בשעת תשמיש ועיין חת"ם יו"ד סימן קע"ב כתב נמי דבזה קפידא לבעל וה"נ לק"מ מקטנה ואיילונית דבעל בעלמו רולה ומשום קפידא דידיה לא משגחינן ביה במקום סכנה וכדאיתא בשבת פרק מפנין דף קכ"ב כולהו אערומי אסירי בר מהאי ערומי דשרי עיי"ש אף דבלא"ה אסור מ"מ במקום סכנה שרי.

אך מלשון פרש"י ואינן כמשחיתות זרע דדייקו תוס' דבשאר נשים אסור נראה דבשאר נשים ג"כ מדינא אין בזה איסור השחתת זרע אלא איסור דרבנן דנראה כהשחתת זרע ודומה לביעור דה"ל כ ה"ל לרש"י לומר אף דמשחיתות זרע הן ואין אסורות משום דמשחיתות זרע אלא ס"ל כתוס' הרא"ש ביבמות הובא בשו"ת רע"ק סימן ע"ב דאחר שיצא הזרע מן הגוף תו לא מקרי השחתת זרע וגם דעת הב"ש בר"ק דיבמות סימן חית והפ"ג שם דאין בזה איסור השחתת זרע רק רש"י ס"ל דזה רק מדאורייתא ומדהתירו בג' נשים דאם הוי אסור מדאורייתא למה יתירו משום מלות עונה ה"ל לאסור לשמש עם הג' נשים אע"כ בשאר נשים רק דרבנן ובמקום מלוה לא אסרו ומיושב בזה קושית התוס' איך מותר לשמש עם קטנה ואיילונית דבא"ה שהוא דרך תשמיש ואינו נראה כהשחתת זרע וגם מיושב קושית הנ"י ביבמות וריטב"א שם לרש"י דא"כ למה אמרו פחות מכאן משמש כדרכו דמשמע דאינו מותר במוך והא פחות מכאן בלא"ה אינן מתעברות וליכא השחתת זרע במוך ולפימ"ש א"ש כיון דבגדולות ג"כ אסרו חכמים רק משום דנראה כהשחתת זרע לא חלקו בין קטנה לגדולה רק באותן ג' נשים לא אסרו משום סכנה וכן בג"ה הבחנה או מניקה לא פלוג בין קטנה לגדולה. ובפרש"י נדה דף מ"ה בד"ה משמשות במוך ז"ל תקנתן הוא לשמש במוך שלא תתעבר נראה שחזר בו ממה דפירש ביבמות וכתובות דמותרות משום דס"ל דגם בשאר נשים ליכא איסור אפילו

ליתן

ליתן מוך בשעת תשמיש וכן ר"ן ורא"ש בפירושים לנדרים דף ל"ה ע"ב פרשו לשמש במוך לריכות וכן במרדכי פ"ק דיבמות שהביא פיר"ת השמיט מה דס"ל דלשמש במוך אין היתר רק לאחר תשמיש ועל זה כתבו דכן פירש ריב"ן וגם ביש"ש והוסי' רא"ש הנ"ל ורא"ש בתשובה כלל ל"ג דין ג' ס"ל דמותר וכן נראה מדהשמיטו רמב"ם וטור וש"ע ורמ"א הא דג' נשים ותמה הב"ש למה השמיטו ולפי הנראה משום דס"ל כפוסקים דמתירין והך דשלש נשים ר"מ תקנתא קמ"ל וחכמים ס"ל דא"ל לשום מוך דשומר פתאים ד' א"כ א"ל להביא הך דינא כלל וכ"כ דעת הרא"ה וה"ר בשט"מ כתובות דף ל"ט אלא דלעומת זה דעת ר"ת בתוס' וריב"ש בשט"מ דף ע"ב וריטב"א ביבמות דף י"ב ע"ב ס"ל לאיסור ובנדה ר"פ כל היד אמרו דמשחית זרעו כאלו שופך דמים ובזהר פ' ויחי הכ"ל דהוי כקטיל בניו ומשום דראוי שיולד מהזרע א"כ ה"נ שייך ג"כ לאסור ליתן מוך בשעת תשמיש שלא תתעבר וכן מלהפליט הזרע אח"ת כדי שלא תתעבר ולבנ"ג על הפוסקים המתירים.

והזכרתי לומר דלכאורה קשה למה יהא כש"ד הא עדיין לא נולד רק מניעה שלא יולד וקי"ל מבעל כיסו של חברו פטור אפילו בריוה ברור כמבואר בירושלמי ובש"ס הובא בש"ך חו"מ סימן רל"ב סקי"ד ול"ל עפ"י מ"ש בלק"ת להאריז"ל פ' נח דטפה היולא מהזכר ואין הנוקבא מקבלתה אוחזים בה החיצונים וכ"כ שם בטעמי המצות ובמ"ה מסכת השכינה פ"ג והם לריכין תיקון ולכן היה המבול למחות אותן נגעי ב"א כמבואר בלק"ת שם ובי חזקאל וגם עשרה הרוגי מלוכה הי' עשרה טפין שיצאו מיוסף כדאיתא בת"ז ולכן הוי כשופך דמים דגרים להם הריגה ר"ל והם דוקא כשאין הנוקבא מקבלתם מקודם הדע דא"כ איך מותר לשמש עם קטנה וזקנה ואיילונית ומה יועיל הטענה דמשמש כדרכו הא מ"מ זרעו בה"ה אפשר נולד ולד ממנו עכשיו הולך לאיבוד אע"כ כיון דאשה מקבלתם אין להחיצונים אחיזה ורק בנתנה מוך בשע"ת או אח"ת פליגי הפוסקים אם דוקא כבכשאר ברחם האשה אין חוששין מן החיצונים או אפילו במוך דכפלט אח"כ להוץ וכה"ג איתא בפרק ואלו מגלחין דף ח"י בלפרנים כיון דאשתני אשתני.

סימן כ"ה

בין של"כ ורא"ד כתב דוקא מדעתה שהרי אמרו בעירובין ק' ע"ב ואן ברגליים חוטא זה הבועל ושונה ופריך והא"ר הרוצה לעשות בניו זכרים יבעול וישנה כאן לדעת וכאן שלא לדעת והשתא זה שמיכוין לעשות בניו זכרים אסור שלא לדעת כ"ש שלכ"ד ונראה דרמב"ם דלא מהלק בזה ס"ל דמשום דגם בל"ד נפש ל"ע ומפרש הש"ס דמוליד בנים שאין מהוגנים לכן מה"ט אסור לבעול ולשנות שלא לדעתה משא"כ בשלכ"ד דאינו מוליד ול"ל דרא"ד ס"ל דאם מה"ט הוא הרי כבר אמר קרא ברישא גם בלא דעת נפש לא טוב וילפינן שם מזה דאסור לכופה לדבר מלוה ולמה ל"ל עוד ואן ברגלים חוטא אע"כ דקמ"ל קרא דבזה חוטא אפילו בלאו ה"ט דמוליד ומיושב בזה קושית על"א למה לא יליף הרא"ד מרישא דברייתא דאסור לכופה לדבר מלוה דים ג"כ ק"ו השתא בכדרכה דאיכא מלות פ"ו אסור ק"ו שלכ"ד דאין מוליד דאסור לכופה ולפימ"ש א"ש דמרישא ה"א טעמא רק משום שמוליד בנים שאינם מהוגנים וכמ"ש חכז"ל רכי עקרה לא ילדה בנים לע"ז לכן מביא מסיפא דהוטא מלבד זה הטעם דמוליד נפש ל"ט.

ולרמב"ם י"ל דאילטריך קרא דאי מרישא דגם בל"ד נל"ט ה"א דוקא אם הוליד נקבה אבל בועל ושונה דיולדת זכר דבא יותר מכה האב כדאיתא במת"כ פרשת תזריע סוף פרשה י"ד וכיון דהבעל מדעתו בעיל יוכל להוליד בנים מהוגנים לכן לריך קרא דגם בועל ושונה חוטא כיון דשלא מדעתה הוא ג"כ ה"ל בנים שאינם מהוגנים.

עוי"ל בדעת הרא"ד דבועל ושונה בעל כרחה רק חוטא הוי אבל בנים מהוגנים אפשר שיוליד משום דבשלמא כשביאה ראשונה בלא דעתה שאינה מתאוות ולכן הלריך לכופה אזי מוליד בנים שאינם מהוגנים משא"כ כשבועל ושונה דבביאה שניה כבר לבשתה תאוה כדפרש"י ומה שהיא שלא ברלונה משום דטריחא לה.

עוי"ל דבועל ושונה ה"ל בנים זכרים אם תתעבר מביאה שניה אבל אין איסור משום בנים שאינם מהוגנים דה"ל ס"ס שמא נתעברה מביאה ראשונה שהיה מדעתה ואת"ל שלא נתעברה אולי גם בשניה לא תתעבר וא"כ ע"כ האיסור רק משום שבועל בעל כרחה אבל בכופה על ביאה ראשונה יש איסור שמא תלד ויהיו בנים שאין מהוגנים דהוה ספק אחד ולרמב"ם י"ל גם בבועל ושונה האיסור משום בנים שאין מהוגנים אף דהוי ס"ס דאין עושין ס"ס בידים כמ"ש מהרי"ט ורעד"ס הובא במג"א ריש סימן תס"ז.

אם עושה בא קראי ואינו רגיל בכך לשון ר"י שבתוס' פד"א ל"ד ב' בד"ה ולא דל"ת כמעשה ער ואונן אלא כשמתכוין להשחית זרע ורגיל לעשות כן תמיד אבל באקראי בעלמא ומתאוה לבא על אשתו שלכ"ד שרי עכ"ל מסוף דבריהם משמע דהרתי למעליותא בעינן שיהא רק באקראי ולא יתכוין שלא תתעבר רק מתאוה לבא על אשתו ומ"ש ברישא כשמתכוין להשחית זרע ורגיל פירושו או רגיל וכ"כ הב"ח לפי דרכו דהפירוש או רגיל וב"י בבד"ה כתב אלו הוי ר"י רואה מ"ש הזהר בעונש המז"ל כי הוא גדול משאר עברות שבתורה לא היה כותב זה שכתב עכ"ל ולפימ"ש לעיל ריש סימן כ"ג דבזהר ויחי מוכח דחומר הגדול רק במתכוין להשחית זרעו בריקניא או רגיל בכך וגם דייק דעונש בידוי אין תפיסה על הר"י ותמהני דבלא דברי הזהר מי זוטר מה שאמרו בבבלי ר"פ כל היד בזה וודאי לא נעלם מהר"י דברי הגמרא אע"כ דהתם כמי בעושה בידיו או מתכוין או רגיל וגם היש"ש בפד"א סימן י"ה פסק כן כהר"י והרא"ש ובא"ר סימן ר"מ דחה כל דברי ס' החרדים שהתריס כגד דברי הר"י עיי"ש אך קושית ספר החרדים מ"מ אם יש איסור השחתת זרע בכה"ג אפילו באקראי אסור ואם ליכא בזה איסור יהא ברי אפילו רגיל הוא קו"ע ועיד הרי משחית זרע כיון דאינו במקום הזריעה שראוים להתעבר ונראה דאיסור השחתת זרע אם מאותו זרע ה"ה נולד ולד אם היה משמש כדרכו דאזי הוי כשופך דמים והרבה פעמים אדם משמש כדרכו ולא תתעבר ואיתי בתה"ד הובא בש"ך יו"ד סימן פ"ד סק"ח היכא דספק אם יש כאן איסור ואינו מתכוין לבטל האיסור שרי עיי"ש לכן ה"נ כשאינו מתכוין להשחית הזרע שלא תתעבר ויש ספק שמא לא היתה מתעברות בזרע זה לכן שרי

אבל

אבל ברגיל לא ימנע שפ״א היתה מתעברת דרוב נשים מתעברות ויולדות לכן אסור גם כשאינו מתכוין וכן באקראי אם מתכוין אסור אף בספק ועוד דאם רוב פעמים משמש כדרכו גם כשלא משמש כדרכו כוונתו ניכרת דאין עושה כן כדי שלא תתעבר דא״כ תמיד היה עושה כן והפנ״י בפרק כיצד דף מ״א כתב דר״ם אינו מתיר כשאינו מתכוין רק כשניכר מתוך מעשיו שאינו מתכוין ככ״ל לייסב דעת ר״י ורא״ש אבל ודאי לאו מדת חסידים הוא ומפרש שים אומרים דאיקיר חמור הוא.

הלכות קידושין סימן כ״ו

ס״א פלגש ברמב״ם פ״ד ממלכים פלגשים בלא כתובה וקידושין אלא ביחוד בלבד קונה אותה ומותרת לו אבל ההדיוט אסור בפלגש ורמב״ן בתשובה רפ״ד הקשה דמלינו בקרא שיפה פלגש כלב וגדעון ופלגש בגבעה שמא תאמר מן התורה מותרת ומדבריהם הוא דגזור באיזה מקום הזכרה גזרה זו בש״ס ואיזה ב״ד נמנו עליה ורדב״ז סימן רכ״ה תירץ דככלל בגזרת יחוד פנויה דתכלית הגזרה שלא יבוא עליה ואין טעם לומר שגזרו על יחוד פנויה במקרה ולא גזרו לומר על יחוד פנויה תדיר עיי״ש ול״נ דודאי החילוק מבואר דעל יחוד פנויה במקרה כיון דהביאה אסורה גזור שפיר שמא יבא עליה משא״כ בפלגש דמייחדה לו לבדו דאין הביאה אסורה מהיכא תיתי לומר דאסרו הביאה והיחוד ולע״ד ס״ל לרמב״ם כיון דכתובה דרבנן שלא תהא קלה בעיניו להוציאה וכל הפוחת עשאוה רבנן לבנ״ז כדאיתא ר״פ אעפ״י ובפ״ק דכתובות דף י״ד וביבמות דף פ״ע וכ״פ הרמב״ם פ״י מהל׳ א״כ כ״ש דככלל בגזרה זאת פלגש בלא כתובה וקידושין כיון דקלה בעיניו להוליאה ואפילו גט א״ל ועוד ק״ו דהא פלגש גם היא תוכל לילך לה לאחר ואין הייחוד שמיחדה לו דבר קבוע לומר בודאי לא יחזרו ועיינתי בשו״ת רמב״ן שם ונראה שהרגיש בזה לומר כיון דאין לפלגש כתובה יהא בב״ז כמו שגזרו באשה שנתקדשה אלא שדחה זה דשאני אשה כיון שלא כתב לה מתאיים קשורה היא כיון שאינו נוהג מנהג שאר נשים עיניו נתן בגירושין הויא לה גרושת הלב א״ד אבל הרמב״ם נראה ס״ל דכ״ש כשאינו מקדשה ואין לה כתובה ליכא סמיכת דעת לא לו ולא לה שתמיד תהא מיוחדת לו וכ״ז בהדיוט אבל במלך יש לה סמיכת דעת כיון שייחדה לו דאיתא בפ״ק דערכין דף וא״ו ופ״ק דב״ב ג׳ ע״ב דמלכותא לא הדרא לכן לא אסרו על המלך ובפרק הזהב דף מ״ט ובפרק איזהו נשך דף ס״ג ע״ב מלינו דלענין אם יוכלו לחזור תלוי בסמיכת דעת וז״ש הרמב״ם אלא ביחוד בלבד קונה אותה ומותרת לו דבמלך כיון דסמכה דעתה קונה אותה ולכן מותרת לו וכהי דלא חשובה כא״א דגזה״כ רק ע״י קידושין מ״מ קנייכו הוא ואם הלך לאחר הוי גזלה ובפרק אעפ״י כ״ו ע״ב בהא דכל הפוחת אמר אף דתנאו בטל כיון דלא סמכה דעתה הוי בב״ז.

וריב״ש סימן של״ה כתב מדאמרו בסנהדרין דף כ״ב דהתירו לדוד המלך ע״ה להתייחד אף דגזרו על הייחוד ש״מ דפלגש אסור אחר שגזרו על ייחוד פנויה דאין נראה להתיר יותר ביאה תמידית מיסוד המידי כל ביאה ומתייחדת לאיש מיוחד כמו אבישג את״ד ולא הבנתי דלרמב״ם בפ״ג ממלכים דח״י נשים דהותרו למלך בין פילגשים בין נשים בכלל ואח״כ כיון שכבר היה לדוד המלך ע״ה ח״י נשים ואסור באבישג אפילו ליקחנה לפלגש לכן גם יחוד אסור ולרמב״ד דפילגשים יכול מלך ליקח הרבה ל״ל מה דאמר דוד המלך ע״ה לאבישג אסורת לי כמ״ש בחידושי ר״ן בסנהדרין שם משום דלא נתרליה להיות מיוחדת לו אסור בה כמו בשאר פנויה לכן גם להתייחד עמה אסור.

ובקו״א למקנה סימן זה הוכיח דפלגש מותרת להדיוט מיבמות דף ל״ז רב כי אקלע לבי ארדשור מכריז מאן הוי ליה ליומי ופריך הא אסור ליקח אשה במדינה זו ולילך למדינה אחרת ולישא עוד וגם הא לריכה לישב שבעה נקיים ומשני יחודי בעלמא הוי מייחדי שיהא פת בסלו וקשה הא נתחייב בעונה כ״ש .בעילה ראשונה שהיא בעילת מלוה ול״ל שהתנה ע״מ שאין לה עליו עונה דמתנה עמש״ב ת״ב אע״כ שלא היתה רק פלגש ולא נתחייב בשכו״ע את״ד ולי נראה לפימ״ש תוספת קידושין מ״ע ע״ב דפעמים א״ל תנאי כפול רק ג״ד ולפעמים אפילו ג״ד ל״ל היכא דאנו אומדין דעתן עיי״ם א״כ י״ל דוקא היכא דלריך תנאי מפורש אז לריך שיהא דומיא דתנאי ב״ג כמ״ש תוספת ברים פרק אעפ״י משא״כ היכא דא״ל להתנות מפירש וכ״ם לר״ת שהובא בגליון תוספת שם דף כ״ו בד״ה הר״ז דמתנה עמש״ב בטיל דהוי כמפליגה בדברים דזה שייך היכא דלריך להתנות וכשמפליגה אמרינן דבלבו לא קפיד אתנאי משא״כ כשאנו אומדין דעתו דבלבו הוא וא״כ התם דיחודי בעלמא מייחדו אנו אומדין דעתו מעיקרא כך משום דודאי רק שיהא פת בסלו מתכוין דאין דרך למנסב אשה ליומי ואדם גדול אין דרכו לישא מן הבא בידו להוליד בנים וכמ״ש על אליעזר דשאל שלא כהוגן והרי אכריז מאן הויא ליומי דמשמע ההא מי שתהא תדע דהא פריך דלריכה לישב ז״כ ומשני דיחודי בעלמא מייחדי שיהא פת בסלו ואכתי איך פת בסלו ועכל״ל כמ״ש התוספת דידעי הנשים שאפשר לא יבא עליה ולא ממדי וא״כ הל״ל דמודיעין להן מעיקרא כך ותוספת ביומא דייקי מדלא קאמר ליחודי בעלמא משמע דלא אמרו להן כן ומ״ש תוס׳ דלפיכך אמר יחודי בעלמא כדי לתרץ קושיות הש״ס דאסור לישא אשה בשתי מקוומות ע״כ רמב״ם לא ס״ל הכי דא״כ למה פסק כתירץ ראשון שאני רבנן דקלא אית להו כדאיתא ברמב״ם פכ״א מהלכות א״ב הכ״ע והרי דרכו תמיד לפסוק כאבע״א אע״כ דלא היו לריכין לסידיען דכ״ע ידעי זה ועיין מגדול עוז רפ״ד מהל׳ חובל ומזיק דקבלה מהראשונים דכל ואבע״א הוא עיקר והובא בכללי הגמרא וכ״כ ימ״ש בפרק החולץ ס״ה ולרמב״ם והשגות בפי״א ה״י מהא״ב פירושים אחרים בהא דייחודי מייחדי ולפירושם בלא״ה אין מקום לדברי המקנה ואני כתבתי דעתי בגוף הגמרא וגם לא כ״ל מ״ש דהויא פלגש כיון דאכריז מאן הויא ליומא או אפילו ליומי דדוקא ייחדה לו סתם הסיבה פלגש.

ומזה שהי״ר עוד בקו״א הכ״ל מפ״ק דקידושין ד״ט דאיתא התם ובעלה היא ניקנית בביאה ואין א״ע נקנית בביאה ואי פלגש אסור מן התורה ממילא כיון דאיכא איסורא בקנין אינו קונה דכ״מ דא״ר ל״ת אעל״ת עיי״ם ג״כ אינו ראיה לפימ״ם מהרי״ט והובא בכה״ת סימן ר״ח דז״ד אם יתוקן האיסור במה דלא אהני וא״כ בזה אם לא יקנה כ״ש דעשה איסור דבעיל פנויה ב״ז.

ובתוס׳ פ״ק דיומא דף ח״י ע״ב בד״ה יחודי בעלמא

בעלמא הוי מייחדי להו כתבו דהר״י דכי אמרי ומאן הויא ליומא לא אמרי מאן הויא ליומא ליבעל אלא לייחודי בעלמא וכיון שהיו אומרים להם כן רק לייחד עמהם לא היו רואות דם מחמת חימוד והקשו תוס׳ דא״כ הל״ל לייחודי בעלמא כלומר היו מודיעם להם שלא היו רוצים אלא לייחוד בעלמא ולע״ד נראה דאין כונת הר״י שבפירש היו מודיעים להן שאינן אלא לייחוד רק כונתו דכי אמרי מאן הויא ליומא לא אמרי על כונת לבעול אלא על כונת לייחודי בהדה בעלמא וכיון שאומרים להם כך רק לייחד עמהם הייכו שהאמירה מאן הויא ליומא רק על כונת לייחד עמהם והכל יודעים שכן כונתם דאין דרך רבנן למכסב מן הבא בידם לבעול בלא בדיקה שלא תהא פגומה ולזה דייק הש״ס ביצמות לרבנן יחודי בעלמא מייחדי להו משום דרבנן ככהו ידוע לכל משום דאין דרך רבנן ליסא בלא בדיקה וגם דרבנן משום חסידות שיהא פת בסלן ולכן בתוספת ביצמות לא כתבו כלל דהיו מודיעים להן שאינן רק לייחד ואפשר ר״י בעלמו לא אמר רק כמ״ש בתוס׳ יבמות רק תוספת ביומא לפי הבנתם בתירץ הר״י הוסיפו שהיו אומרים כן ולכן הקשו דהל״ל לייחודי אבל תוספת ביצמות הבינו בכונת הר״י כמו שכתבתי ולכן לא הקשו כלום וגם נראה דאכן קהדי דליחודי בעלמא משום דלריכה ליסב ז״כ כקושית הגמרא ועכל״ל כשלא שלחו להודיע מקודם דכונתם רק לייחודי ואז לא תחמוד ויהא פת בסלם ובב״מ פא״כ דף ס״ח ע״ב רב עילים גברא רבא ואיסורא לאנסי לא הוה ספי וכיון דאכן סהדי ליכא בזה משום מתכה עמש״ב ועי׳ ש״ך חו״מ סימן ס״ו סקכ״ו דל״א אטו כולהו נשי דיכא גמיר רק במקום דמפורש בש״ס וכ״ש באיסורי דשייכי בה.

ועוד היכא אמרינן מתנה עמש״ב ת״ב כשלולא התנאי היה עושה כמ״ש בתורה ובתנאי מגרע לעקור מש״ב כמו במתנה לפטור מעונה ומש״כ הכא דלולא התנאי היתה לריכה ליסב ז״כ ותהא אסורה וע״י התנאי איכה מחודה ומותרת ואפשר לפעמים אם ירלה יבא עליה.

נכרי בנסא נכרית בעל״א כתב להוכיח קלת דא״ל קידושין מחדש מרמב״ם בפי״א ה״ז מה״א דכתובתה מנה וא״ לריך קידושין מחדש פשיטא מי גרע משאר בעולה וכבר הקשה כן הלח״ם ולק״מ דכשאר עמה אחרי גרותן סתם מיירי וחזקה א״א עבב״ז ובעיל לשם קידושין וי״ל דמ״מ איכה רק ארוסה דביאה אירוסין עושה עיין לקמן סימן ל״ג וארוסה אין לה כתובה ומובא קמ״ל דזו יש לה כתובה אבל לכתחלה לריכה קידושין ונשואין ומלאתי שכ״כ בהפלאה לתרץ קושית הלח״ם ועוד הא י״א דאסורים לדור יחד אחר שנתגיירו שלא יחזרו לסורם א״כ ה״א מ״ע תקנו כתובה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה והכא אדרבה מוטב שתהא קלה בעיניו להוציאה ואפילו להמולקים דמותרין לדור יחד כמ״ש תוספת ומרדכי בפרק החולץ דף מ״ב ה״א הייכו משום חשש זה לא אסרו לאדם איסור אבל מ״מ לא נעשה לה תקנה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה במקום דיש חשש קלקול וכה״ג כתבתי לעיל סימן י״ז ס״ה והבאתי ראיה מהריטב״א פג״ה דף ל״ח וריטב״א כתובות דף כ״ף ובלח״ם תירץ דקמ״ל אף דלא עשה עתה נשואין מחדש גובה מנה וכ״כ הריטב״א בש״פ הכותב ונראה דאין מזה ראיה כלל דלכתחלה א״ל לקדשה ולעשות חופה דהמשנה ופוסקים מיירי בדיעבד שמכינן אחזקה דאין אדם עושה בב״ז ובעל לשם קידושין ועוד הא לריך ברכות.

וראיתי בב״מ לקמן סימן ס״ז בקטן שקידש וכשא וא״כ הגדיל שהשיג על הב״ש שם בס״ז וז״ל כהי דבדיעבד אם בעל אחר שהגדיל בפני עדים או ע״י ייחוד בפני עדים א״ל קידושין אחרים ואמרינן א״א בב״ז אבל לכתחלה מורין לו לקדש בכסף דרב מנגיד אמאן דמקדש בביאה את״ד ודאי לפ״ד דלריך לבעול או להתייחד בפני עדים שידעו שמקדשה בביאה שפיר כתב דרב מנגיד אבל לפימ״ש ב״ש ריש סימן זה דכל שנשאה וגלוי לכל הוי כאלו היו עדים בשעת הביאה לפ״ז אם היה גלוי שנושא אותה לשם אישות הוי קידושין בביאה וא״ל עדים א״כ בקטן שקידש ונשאה כבר ועתה בגדלותו נשאר עמה גלוי לכל שמקיימה לשם אישות כמבואר במשנה דס״פ הכותב בקטן וגר שנתגייר עם אשתו שע״מ כן קיימה ובזה א״ל עדים שידעו שבועלה לשם קידושין אלא כיון שקיימה ודאי מתכהגין כאיש ואשתו ואין בזה משום פריצותא הן לר״ת הן לר״י בתוספת פ״ק דקידושין י״ב ע״ב בד״ה משום פריצותא דלר״ת הייכו פריצותא לפי שלריך או עדי ביאה או עדי יחוד ודבר מכוער שמעמיד עדים על כך ודאי כאן ל״ש זה כיון שא״ל להעמיד עדים ולהר״י משום שעושה האלת קניכו בביאה דומיא דמקדש בלא שידוכי נמי לא שייך כאן דכבר היתה אשתו וע״מ כן קיימה ובאופן כזה מיירי נמי הב״ש בר״ס זה ול״ק עליו השגת הב״מ וכימן קמ״ט אבל תיכח בקטן והגדיל דא״ל חופה וברכה כמ״ש בשו״ת רש״י הובא בבית מאיר שם דאהני החופה וברכה שנעשה בקטנותו אבל בנתגיירו דלא היה חופה וברכה כדת משה וישראל ודאי לריך לכתחלה לעשות בקידושין וחופה וברכות.

ס״ד בשלשה דרכים ברים קידושין אמרינן למעוטי חליפין בתוס׳ רי״ד כתב דוקא במתחייב לה מנה בקידושיה ומקדשה בסודר א״מ אבל במקדשה בסודר לבד שיש בו ש״פ אף שנותנו בתורת חליפין מקודשת כיון דנקיטת גע״ג ורשאית לפוקקו ואעפ״י שמחזירותו מדעתה מחזירת והובא בפ״ג ריש קידושין ובחידושי מהרי״ט על הרי״ף ובעל״א כתב כיון דקי״ל בק״ש דלריך המקנה להחזירו ומילא ליתא לשא דתוס׳ רי״ד ול״כ למודה תוס׳ רי״ד דמקנה לריך להחזירו דבפרק השותפין דף מ״ח ע״ב דאר״א בק״ש מאן ליימא לן אי תפיס ליה לא מיתפיס ופירש הרא״ש דמנהגא בעלמא הוא מה שנהגו להחזיר הסודר וכתב הר״ן דגם רב אשי לא אמרה רק לדחויא ועיי״ש ונראה דה״ע כיון דמנהגא להחזיר הוי כהתנה בכך בפירש כדאיתא ביו״ד סימן קס״ט ס״ח וריש סימן קצ״ד ובמו״מ סימן שנ״א אך כ״ז בקנייני ממון אבל בקידושין דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואם נימא דעתו אמנהגא בלא הוכל לתפוס שהפך איכה מקודשת א״כ הל״ל דדעתו שיחולו הקידושין באופן המועיל לדעת רבנן ועיין פריסה על טו״ד סימן ס״כ וחידושי רע״ק שם ובקי׳ רל״ד סע״ו דבדבר מלוה אמרינן דעתו שיועיל כדעת רבנן וכ״כ תוס׳ בפ״ק דערכין דף ה׳ בד״ה אדם יודע שאין ערך לפחות מבן חדש וז״ל ואפילו א״י דעתו עפ״י שתקנו חכמים ואף דחכמים פליגי התם על ר״מ הייכו במקום שלריך לתקן הלשון עתוס׳ בכתובות פרק המדיר ע״ן ע״ב וכאן א״ל להוסיף ולגרוע מהלשון וא״כ לו שקול ישקל האומדנא דאדעתא דרבנן כנגד האומדנא דעל דעת המנהג מ״מ

כיון

כיון דל"ל אנן סהדי על דברים שבלבו הוי דברים שבלב ולא הוי כהתנה בפירש שיוחזר לו השודר ולכן יכולה לתפסו ומה שהביא הר"ן בנדרים שם ראי' דר"א לדחויא בעלמא קאמר מדאמר בפ"ק דקידושין דף ו' ע"ב דעת"ל אינה מקודשת משום דאין אשה נקנית בחליפין י"ל לתוס' ר"י"ד דהיינו כשהתנה בפירש שתחזור לו השודר או דגזור משום חליפין כשיתחייב לה מנה או שלא יהא בהשודר ש"פ.

משום פריצות וכתב בקו"א למקנה הא בל"ז אסור דביאה אירוסין עושה וארוסה אסורה וי"ל משום דמפורש בתורה לא היה כח לאסור כמ"ש מו"ז ביו"ד סימן קי"ז וכתב בפ"ת דאינו מבין דא"כ למה אסרו משום פריצות ונראה דהפריצות היינו משום דל"ל בפני עדים דרוצה לקדשה בביאה ומתייחד בפניהם כדעת ר"ת בפ"ק דקידושין דף י"ב ולר"י משום דזה תחלת קנייני הוי כמקדש בלא שידוכי עיי"ש והא ל"ש היכא דמתייחד עם אשתו שגרשה דקיי"ל הן הן עדי ביאה כיון דלבו גם בה חוששין שקדשה וכדאיתא בגיטין וברמב"ם פ"י הא"י מה"ג דכיון דא"ל לומר בפני עדים שיקדשה בביאה ועוד עדים אינו מפורש בתורה רק ילפינן מגז"ש דבר דבר בקידושין דף ס"ו וגם טעם ר"י נראה דליתא בכה"ג שכבר היתה אשתו וגם בה וא"כ אינו מפורש דיקא אשה ובעלה איירי כשלא היתה אשתו מכבר משא"כ הא דארוסה אסורה ל"ש בין היתה כבר אשתו או לא ועוד י"ל דלא רצו חכז"ל לעקור לגמרי קידושי ביאה ואם יאסרו מחמת ארוסה בלא חופה פקרו לגמרי משא"כ אם אסרו רק משום פריצות יש שיור כשכבר היתה אשתו וגרשה דבזה ליכא משום פריצות וכמ"ש כעין זה ונג"ד בסימן הקפ"ח.

סימן כ"ז

ס"א ש"פ עב"ש סק"ב דמהרי"ט כתב אם התנה ע"מ שאתן לך זה ונתן ש"כ בע"כ ל"ה נתינה והקשה ב"ש מהרבב"א דכתב דאפילו למ"ד נתינה בע"כ הוי נתינה היינו דהנותן יצא ידי נתינה אבל להמקבל ל"ה נתינה כי א"י להיבו בע"כ כגון אם אמרה הן לי מנה ואתקדש אני לך ונתן בע"כ ל"ה קידושין לפ"ז אפילו נתן בכוף ולא ש"כ ל"ה קידושין הת"ד ולק"מ דמהרי"ט מיירי בע"מ שאתן דהוא רק תנאי אבל הקידושין היו בד"א לכן אינו רק חיוב עליו לקיים ולמ"ד נתינה בע"כ הוי נתינה נפטר מתנאו ונשאר במה שבידו דהיינו שכבר נתקדשה לו וכן במגרשה ע"מ שתתן לו איזה סך ונתנה לו בע"כ הוי גט דכתב הרשב"א דזכתה במה שבידה כיון דכבר נתגרשה בגט ואין עליה רק חיוב התנאי אף דמחייבין את הבעל שיהא גיעה גבי והפסיד קנייני בה ובמע"י ונכסיה והרשב"א שכתב באמרה תן לי מנה ואתקדש דאינה מתקדשת בנתינה בע"כ היינו שמקדשה במנה שיתן לה וכשנתן לה אמרה דאינה רוצה במנה זו אבל אינה חוזרת מהקידושין בזה כתב הרשב"א כיון דבמנה זו מקדשה לא הוי קבלה שתתחייב בע"כ א"כ מלאתי שכ"כ המקנה בקו"א ואב"מ וראיתי בעל"א שכתב דברשב"א גופא מבואר כדברי הב"ש ואינו למעיין שם אלא החילוק כמ"ש ולכן לא נקט הרשב"א בתן לי מנה ואתקדש לשון ע"מ וכשכתב דתליא בדינא דנתינה בע"כ אי הוה נתינה כגון שא"ל הא"מ לי ע"מ שאתן לך מאתיים זוז כתב לשון ע"מ ול"ל דהב"ש דמיקא ליה לפרש דברי הרשב"א הכי דקשה הליור דאינה חוזרת מהקידושין ואינה רוצה במנה זו דסוף סוף אינה רוצה להתקדש במנה זו והרי חוזרת מהקידושין.

וחילוק שכתב הב"ש בין התנה הוא או היא יש לו ראיה מב"מ דף ק"ד דמחלק בין אמר מוכר בין אמר מחכיר וברש"פ השולח דאמר בעל תרי לישני משמע וליסנא דמהכי ליה קאמר אך קשה למה במגרשה ע"מ שתתן לו מאתיים זו ונתנה לו בע"כ הוי ספק אי נתינה בע"כ שמה נתינה כיון דלדידן הוי ספק כיוא לא מחית איניש נפשו לספיקא ואינו מתחייב רק במה דברור מלשונו וכמ"ש בנתיבות בכללי תפיסה אות י"א לענין ספק שיש בלשון מחילה ובשלמא כשאמר הא"מ לי ע"מ שאתן לך מאתיים זו י"ל דל"ד לספק לבון מחילה או חיוב מהכא דבקידושין בדידה תליא מלתא והיא אינה רוצה בנתינה בע"כ אבל במגרש דרק בדידיה תליא למה הוי ספק ול"ל דכאן אין הספק בלשון כלל רק הספק בדינא אי חשוב נתינה דהרי הספק בש"ס מכח הראיות בבתי ע"א ולשם ליכא רק ספק בדינא דלא היה שום תנאי רק דין תורה שיוכל לגאול עד שנה ולפ"ז אין ראיה ג"כ מר"פ השולח דשם הספק בלשון וכן בהא דהמקבל דף ק"ד הספק בלשון אי שמא בעלמא קאמר התם שייך לחלק מוני ילא הלשון דכונתו על אופן הטוב לו יותר.

עוד כתב הב"ש דלכאורה מוכח מדברי הרא"ש דכתן לה ש"כ כתי הוי נתינה בע"כ נתינה מספק מת"ש גבי אילטלא דדמים ל"ה נתינה בע"כ דבגט כלעורה מיכוין ש"מ בקידושין חשוב ש"כ ככסף ואינו ראיה דשאני דמים בעד אילטלא מש"כ בעד כסף וראיה ממ"ש תוס' בב"מ פא"כ דף ס"ג ע"ב בד"ה ופוסקין דיותר יזדמן לבעל המעות לקנות וכו' לקנות וממה שיזדמן למכור וכ"כ בעל"א ומ"מ בדבר שאין מינו מלוי י"ל קפידא הוי מדכפק חייב ליסבע שא"ב אף דמשלם דמים ויש להסתפק בע"מ ליתן לה קרקע זו שוה מאה ואח"כ נותן לה בע"כ מעות די"ל לדידי שוה יותר וכמ"ש תוספת בר"פ המוכר את הבית דף ס"א ע"ב בד"ה ש"מ דבקרקע ל"ל הדמים מודיעין דדרך להוסיף בלקיחת קרקע יותר משויית וכ"כ הכ"מ פ"ז מערכין ה"ז דדרך להוסיף עד פלגא וכן מוכח בא"ז ב"מ דף ק"ח ע"ב ובתוס' ב"מ דף ס"ז ע"ב דמכירת קרקע הוי גוזמא דאין דרך למכור ונראה דגם בפלוגתא דחו"מ סימן ע"ב ס"כ וסימן ק"ד ובש"ך סימן קט"ו סס"א בהא אי י"ל לדידי שוה לי יותר מהשומא יש לחלק בין מטלטלין לקרקע כיון דבקרקע דרך להוסיף עד פלגא י"ל קוסטא קאמר ולא בטלה דעתו אצל כל אדם.

ובמשרים נתיב בשי ח"א כתב מי שנשבע לחברו לפרעו בזמן ידוע לחדש וחל אותו יום בשבת פורעו קודם השבת או יתן לו משכון של כסף כי שוה ככסף ולא יעבור על שבועתו ואף אם נשבע לפורעו במעות ולא במשכון הובא בב"י חו"מ סימן ע"ג ס"ג וכתב הב"ח שם דצריך להקנות לו בגוף השכף כשיעור חובו ודוקא כסף ולא שאר מטלטלין דאמדינן דעתו דלא נתכוין אלא להילוא דבר שאינו של כסף והובא בש"ך שם ס"ז ס"ק כ"א ובשו"ת הר המור סל"ו ועיין בערך ש"י חו"מ שם והיוצא מזה דאם סתם אמר ע"מ שאתן או תתן מאה דינרים אזי כשנתן מטלטלין בע"כ שוה מאה ג"כ הוי ספק די"ל דאמר דינרים רק כדי לדעת השכום

הסכום כמ״ש הרא״ש בתשובה כלל וא״ו ס״ו ואם אמרו מאה דינרים מעות אזי אם נתן מטלטלין בע״כ ודאי לא נתקיים התנאי רק אם נתן כסף הוי קיום התנאי לרי״ו והב״ח והש״ך שם דלא נתכוין רק להוציא שאר מטלטלין.

ואומר לה ואם אמר טלי קידושיך מעג״ק הוי ס״ק ב״ש סק״ג ובפ״ק דקידושין דף ה׳ ע״ב בקידושין נתן לה כסף פרש״י משום דקא בעי למימר סיפא בגירושין נתן לה נקט כי האי ליסנא ונתקשו בע״י ופנ״י בכונת רש״י ולמה בגט ל״ל יותר האי ליסנא ולע״ד פשוט דבגט קי״ל טלי גיטך מעג״ק לא אמר כלום ופרש״י בגיטין דף כ״ד ודף ע״ח משום דבעינן ונתן וס״ל לרש״י בקידושי כסף ל״ל ונתן לזה תירץ משום דבעי למימר סיפא בגירושין נתן דהתם דוקא נקט כמו ברישא נתן ומבואר דבקידושין מתקדשת בטלי מעג״ק ורש״ל מחק תיבת נתן ברש״י ולפיומ״ש א״ל למחוק.

הא״מ לי בזה בהגמ״ר פ׳ לאו גיטין אחד היה מדבר עם אשה להלוות לו מעות על קרש של כסף והראה לה הקרש אח״כ א״ל תרלי להתקדש בו אם אתנהו לך התחילה לשחק וחזר וא״ל הרי הוא לך לשם קידושין ולא אמר לה הא״מ לי בזה הקרש והורה הסר״כ להיתר מדאמר שואל בקידושין נתן לה כסף וא״ל הא״מ מקודשת ופריך דהוי ידים, שאין מוכיחות ומסיק דאמר לי עכ״ל ובח״ס סימן ק״ד העתיק הלשון והשמיט תיבת הוא ולכן כתב דס״ל דל״ל דוקא הא״מ לי בזה עיי״ש ואיכו דהא לפ״ז מייתי ראיה) לסתור דבדברי שואל ליתא תיבת בזה ועוד כיון דאמר הרי הוא לך הוי כאמר בזה רק כיון דאמר הרי הוא לך לשם קידושין אין נופל בו לשון לי והסר״כ כתב דל״ל הא״מ לי לכן כתב דחילוף תיבת הוא הל״ל הא״מ לי בזה הקרש.

ולשון הרמב״ם רפ״ג מהא האמ״ל בזה וילי״ע מכ״ל דל״ל בזה ואדרבה בפ״ק דקידושין ה׳ ע״ב איתא נתן לה וא״ל הא״מ מקודשת ונראה דס״ל להרמב״ם כיון דבגט ל״ל ודן דלא כימא דסטר לראי׳ בעלמא ואינו מגרשה בזה הגט רק בדיבורא ה״נ בקידושין ל״ל בזה אך בדיעבד כשר הגט בלא ודן כמ״ש הלח״מ פ״א מה״ג ה״ד לכן שואל דמיירי לענין דיעבד לא הזכיר בזה ורמב״ם לא קמ״ל דבדיעבד כשר בלא בזה כיון דמה דל״ל בזה ילפינן מגט דצריך לכתיב ודן והרי מוכח מדבריו פ״א מה״ג ה״ד דבדיעבד א״ל ודן כמ״ש הלח״ם שם.

ואם היה מדבר וכו׳ בהה״מ פ״ג מה״א ה״ח בשם הרשב״א דא״ל היו עסוקין כלל ונתן לה סתם אינה מקודשת אפילו חזר ואמר הא״מ לי והיא רוצה אלא צריך שיטול הכסף ממנה ויחזיר ויתננה לה בתורת קידושין ובח״ש סימן פ״ב כתב בנתינה סתם יכול לחזור ולתובעה ולומר לפקדון נתתיו כדמוכח מלשון הר״ן שלהי כתובות בשם הרשב״א אלא כיון שי״ל לשם. מתנה קבלתי לא נעשית שומר ואין ידה כידו לכן כשמקדשה שוב הוי כטלי קידושך מעג״ק ומקום הניחו לו להתגדר אח״ד ואין כאן מקומו דמפורש בא״ר בפ״ק דקידושין דף וא״ו הטעם דקנאתו לגמרי דאי בעי למיהדר ביה לא מצי הדר דמימר אמרה ליה את בשתמא יהבית ואנא למתנה איכוונו עיי״ש וא״כ ש״מ תרתי חדא דבקידושי כסף ליכא קפידא משום טלי קידושך מעג״ק דאל״כ אל״ל משום דקנאתו לגמרי במתנה ועוד דא״ל לתחזיר לו ומה שנתקשו מהר״ם יפה ומהרי״ט הובא במל״מ שם מדברי הר״ן בפ׳ שני דייני גזרות בשם הרשב״א דמי שהלך בעלה למדה״י ועמד אחד ופרנסה לא תלינן במתנה לק״מ דשאני הכא דתלינן דרצה לקרב דעתה אללו שתרצה להתקדש לו אח״כ שו״ר שכ״כ הפנ״י פרק האיש מקדש דף מ״ו ע״ב בד״ה דאיתמר.

ועוד כיון דהוא אומר דלקדשה נתכוין כשנתן לה סתם וכמבואר בהה״מ שם אלא דאינו מועיל כיון דהאשה לא ידעה א״כ עכ״פ הוא טעה וכסבור שהכסף תו אינו שלו דקי״ל קידושין לטיבועין נתנו ומבואר בהג״א פא״כ ומהרי״ח בהא דמוכר פירות דקל דאי שמיט ואכל לא מפקינן מיניה דאף דהוה מחילה בטעות מ״מ נתייאש ומהני מכח יאוש כשבא ליד שכנגדו עיי״ם וא״כ ה״נ הוי יאוש אלא דכתבו קצו״ה סימן ת״ה ונה״מ בסימן ק״ה דביאוש צריך שיבא ליד זוכה ומקודם יכול לחזור בו ולא יצא מבעליו עיי״ם וה״נ אף דהוא לא נתכוין לשם מתנה מ״מ הרי נתכוין לקידושין ונתייאש והאשה נתכונה לקבל במתנה וזכתה בהכסף אף דלא נתכונה לזכות בתורת יאוש מ״מ נתכונה לזכות בו במתנה ולא לקידושין לפי טענתה למתנה איכוונו לכן קנאתו לגמרי ואי לאו דנתכונה לזכות בהכסף אין ידה פונה לה כיון שיודעת שהוא בידה ואין כונתה לקנות כמ״ש תוס׳ בפחז״ה דף כ״ד בד״ה אדעתא אבל כשמתכוונת לזכות קנתה אף דנתכוונה לזכות במתנה והיא צריכה לזכות בתורת יאוש סוף סוף מתכונת לקנות וזה עדיף מהא דפרק ר״ג דף כ״ב ע״ב בקידם חלוצתו לשם יבמות אף דאמר חליצה תו אין כאן לד יבמות מ״מ נתכוין לקנות והוי כעודר בנכסי גר וכסבור שהן נכסי גר אחר דקונה עיי״ם כ״ש הכא דבין מתנה בין יאוש עדיין של האיש הוא והיא נתכונה לקנות אלא דטעתה מאיזה כח אם מתורת מתנה אם מתורת יאוש וכה״ג כתב הכס״מ פ״א מזכיה ה״ד בנתן דמים לעכו״ם והחזיק קנה אף דאינו קונה מעכו״ם בחזקה מ״מ כיון דגוי משנטל דמיו נסתלק קונה הישראל מהפקר אף דלא נתכוין לזכות מהפקר רק בתורת מקח מעכו״ם מ״מ כיון שהחזיק לשם קנין עלתה לו חזקה ורהב״ד ורשב״א שבהה״מ שם לא פליגי אלא משום דנותן דמים לא קמכא דעתיה למקני מעכו״ם בלא שטר עיי״ם ומשמע דמידו דאהכי כונתו לקנות אף דנתכוין לקנות מעכו״ם ואינו של עכו״ם דכבר נסתלק וכה״ג כתב בשו״ת רא״ש כע״ו ס״ב.

אך ל״ע להג״א הא דבכתובות פ׳ המדיר דף ע״ו ע״ב דקידושי טעות. חוזרין כיוא דהמוקדים נתייאש והאשה זכתה בזה שבידה ול״ל כיון דהאשה לא נתכוונה לזכות בכסף הקידושין במתנה ובהכס וטעתה שקנתה בתורת קידושין הוי כעודר בנכסי הגר וכסבור שלו הן דלא קנה וכן משמע מלשון הרמב״ם פ״ב מהלכות זכי׳ ה״ג וש״ע חו״מ סימן ער״ה ס״כ שכתבו עדר בנכסי גר זה וכסבור של גר אחר הוא הואיל ונתכוין במעשיו אלו לזכות מן ההפקר הר״ז קנה ולכאורה מן ההפקר מיותר אלא ר״ל דאם כסבור של אחר הוא וקנהו ממנו כיון דלא נתכוין לזכות מן ההפקר לא. קנה אף דנתכוין לקנות בחזקה זו שעדר אך בטור כתב רק מאחר שכיון לקנות וגם משברא אין לחלק כיון דנתכוין לקנות עכ״פ אך מרשב״א שבאס״ז ב״מ דף יוד גבי דבנפילה ניחא ליה דליקני נראה כמו שכתבתי עיי״ם.

או

או ס״ל להג״א כמהרי״ו הובא בקו״ע קנ״ה דל״מ במתנה ק״ש שלא בפניו דאפשר לא ניחא ליה דשולא מתנות יחיה א״כ ה״נ דוקא דנתכונה לזכות במתנה אבל נתכונה לזכות בשם קידושין לא נקנה לה בחנם כיון דלא נתברר בשעת מעשה אם ניחא לה לקנות בחנם ומשל אחר שלא מדעתו וזה גרע ממתנה ועיין פרק כ״כ דף ק״כ דירא שמים לא ניחא ליה דלתהני מאחרים ובמוכר פירות דקל שאני כיון דנתן דמים ויש למכור למיקם בהימנותיה שלא לחזור ולפי מה שפרש״י בפ׳ כ״כ שם בד״ה דלא ניחא ליה דליתהני מאחריני בזכיה דהפקרא דידע דלא מרצונו הפקירו י״ל גם בנידון הרשב״א נהי דנתכונה לזכות במתנה לא הוי זכיה ממנות יאוש דלא מרצונו אלא בטעות בא לידה ומ״מ דברי הג״א צ״ע ומחמת הא דקידושי טעות דומה שכתבתי בישובן לכאורה לא משמע הכי מלשון הג״א דנראה מלשונו כמפסד המעות ליד חבירו והיה קנין בטעות גם כן קונה חבירו נכח יאוש עיי״ש.

ואפשר להג״א הא דקידושי טעות חוזרין דוקא בהטעתו האב שקיבל הקידושין או האשה שקבלה וכגון הא דפרק המדיר דמיירי בכונלא בת מיונין דקתנא האב ידע כוני מסמומין וכיון שגרם להמקדש שיתייאש חייב להחזיר משום גרמי וכמ״ש בה״מ סימן שס״ח ס״ה כה״ג.

לכן אף דמעצמו נתן כסף הקידושין לאב או לבתו ולא גזלו ממנו מ״מ כיון שהטעו אותו הוה כגזלן ובאיסורא אתי לידם ולא קנו ביאוש אף דבא הכסף לידם בבת אחת עם היאוש דהא בגזלה נמי למ״ד דסתם גזלה יאוש בעלים בא בב״א הגזלה עם היאוש ואפ״ה במוכר פירות דקל דמוכר עצמו טעה בדין וברצונו מכר והניח ללוקח לאכול הפירות וכן בנתן לאשה כסף סתם ואומר דנתכוין לקידושין הוא הטעה את עצמו דכסבור דמתקדשת בסתם נמי וי״ל גם לתוספת ושאר מפרשים בפרק א״כ שם דלא פרשו כהג״א ה״ע כיון דלוקח מעצמו שמיע ואכיל אף דטעה בדין מ״מ חשיב באיסורא בא לידו דבמעשיו גרם למוכר לשתייאש ומש״כ בנתן לה כסף סתם לקידושין דבעצמו נתן לה ועיין ש״ך חו״מ ס״י קכ״ו ס״ד ס״ק ס״ז ובנה״מ שם וה״כ פליגי הג״א והתוס׳ בזה דהג״א ס״ל דהא דשמיע ואכיל לא חשוב באיסורא בא לידו כיון דטעה וכסבור דהמכירה מכירה ומוכר עצמו טעה ומכר לו והניחו לאכול הפירות וכדעת הש״ך שם ותוספת ס״ל כמ״ש בנה״מ שם ומתוספת דגם במזיק בטעות על ידי טעות הניזק חייב דיותר יש לאדם ליזהר שלא יזיק ומשלא יוזק לכן ה״נ בשמיע ואכיל חשיב באיסורא בא לידו ומ״מ בכגון נידון דהרשב״א דהאשה לא צוותה אותו ליתן לה כלל והוא בעצמו נתן לה וכתייאש לכ״ע ל״ה באיסורא בא לידה וכמו מוכר שנ״ח לחבירו וחזר ומחלו ללוה פטור הלוה והמוכר חייב משום גרמי ולא מחייבין ללוה כשאין למוכר לשלם דגרם הפסד ללוקח במה שנתרצה בהמחילה והארכתי בזה בערך ש״י ס׳ ס״ו משום דהמוחל עיקר הגורם בדיבורו אף מחילה לא מהני כשאין הלוה מרוצה ואפילו לפימ״ש שם לראב״ן דכשאין למוכר לשלם ל״מ מחילתו משום דגם הלוה חשוב גורם במה שנתרצה מ״מ כשיש למוכר לשלם כל החיוב רק על המוכר דעביד בדיבורו וכמ״ש הש״ך בחו״מ סימן ש״ל ס״ק ק״א א״כ ה״נ המקדש הזיק לעצמו ונגדו לא חשיבה האשה גורם להזיק כלל וישלם לעצמו דלעולם לעצמו הוי כיש לו לשלם וכן מוכח בהג״א ומהרי״ו בפרק כילד הרגל סימן ט״ת כשברת הש״ך בסימן של״א סקק״א ויצא לנו מזה דהמקדש בכסף דנתן לה בשתיקה ואומר שנתכוין לקדשה והיא אומרת שנתכונה לקבלה במתנה אינה צריכה להחזיר כסף הקידושין ואינה מקודשת ואם רוצה לחזור ולקדשה בכסף זה צריכה להחזיר לו ואח״כ יקדשה וכשהיה טעות בקידושין אם המתקדשת או אביה שקיבל הקידושין ידעו והטעו אותו צריכין להחזיר כסף הקידושין ואם גם הם לא ידעו א״צ להחזיר שו״ר במל״מ פ״ה מה״א ה״ז בד״ה אך שנסתפק במקח טעות דהמעות גזל ביד המוכר אם דוקא כשידע המוכר או אפילו גם המוכר לא ידע חשוב כגזל וכן חילק בנמ״א סוף פכ״ג מהלכות גזלה ונראה דהיה כמה שכתבתי ומהתוספת בקידושין פרק האומר דף ס״ו בד״ה אמר אביי שכתבו וז״ל אפשר כיון דל״ק בפני עדים המעות מתנה עכ״ל והא במקדש אחותו פליגי רב ושמואל אם המעות מתנה או לפקדון דאדם יודע שאין קידושין תופסין באחותו ואם בקדשה בפני ע״א ל״ל אדם יודע דהכי פליגי אמוראי בזה ושם בדף ס״ה רב יהודה מספ״ל וא״כ לכ״ע הל״ל דהמקדש טעה ויחזירו הקידושין כמו דאמר בפרק המדיר דבקידושי טעות המעות חוזרין ועכצ״ל כיון שהאשה לא הטעתו גם תוספת מודים דאין הקידושין חוזרין ועמ״ש לקמן ריש סימן ל״ז.

ס״ג בהג״ה כשואלי עיין לקמן סימן כ״ג ס״ג ומש״ס כא״ה דאפשר לפרשו גם לשון קידושין.

ען״ בהג״ה י״א אע״ג דלשונות אלו ל״מ א״ל דבר עמה מעסקי קידושין מ״מ אם אומרת שקבלה לשם קידושין הוי ס״ק ומהרי״ט ואחרונים הקשו דהוי כמקדש בלא עדים ואפשר לפימ״ש מל״מ פ״ד ממלוה ולוה דהא דאמע״ר היינו אם מהוה מעשה האיסור דבלא הודאתו לא ידעינן אם נעשה כלל המעשה לא כשיש עדים שעשה האיסור רק א״י אם ידע בזה אסור וכיונתי לדבריו כבר בקידושי ריש ב״מ ומצאתי שכ״כ בשו״ת חכ״ל סימן ג׳ הובא בי״מ הרי אף דנאמן דאמע״ר משום דאדם קרוב אצל עצמו ופסול להעיד על עצמו מ״מ כשיש עדים על המעשה אהני הודאתו על ידיעתו ה״נ בקידושין כיון דיש עדים על המעשה מהני הודאתה על ידיעתה דהוי רק גילוי מלתא.

ובדברי חמה קונטרס חמישי הקשה על המל״מ מקושיות רשב״א ור״ן בפרק כל הנשבעין במשנה דחשוד על השבועה דאיך משכחת כחשד ע״י שנשבע אין אני יודע לך עדות דלמא בשגגת שבח וא׳ דמודה א״כ שידע אמע״ר ולע״ד באני נידון המל״מ דיש עדים שאכל איסור רק א״י אם ידע שהוא איסור ומש״כ כשנשבע בא״י לו עדות ובשגגת שבח ליכא שבועת שקר אף בשוגג דאמת כשבע שלא ידע וכשמודה שידע מהוה הוא מעשה האיסור.

ועוד כשאכל או עשה איסור רמיא עליו למידק אם זה אינו איסור ויש ריעותא לפנינו לכן מהני הודאתו ומש״כ בשבועת עדות אם א״י עתה הוי שבועת אמת ומותר לישבע שא״י ולא רמיא עליו למידק כמ״ש בנה״מ סימן ל״ד סק״ג וכדמוחלק בחכ״ל ס״ג לענין אמע״ר בין יש ריעותא לפנינו או ליכא.

עוי״ל טעמו של הר״ן כיון דיש כאן אומדנא דלקדשה נתכוון דחשש למלאכה קאמר כדאיתא בגמרא חשש רחוק הוא דאין דרך לשכור פועל למלאכה בלא פסיקת זמן ופסיקת שכר ואיזה מלאכה ואם תתרצה ומש״כ קידושין דטב למיתב ט״ד

יבכל

ובכל דהו ניחא לה וכדאיתא בש״פ האשה שלום והגמרא קאמר רק שמא פירש מלות הללו למלאכה וא״כ ל״מ מה דתביעה מקברא דמקדשה וגם לחוש דנתן לה מתנה הא דעת רשב״א ור״ן בפרק שד״ג דספוא לא תלינן שנתן במתנה ואהכי סברא זאת אפילו להוציא מהמוחזק אלא כהי דאנן לדידן סמכינן אאומדנא זאת ואפשר נמי רק בליכוף ברי של הנותן דכל ראיות רשב״א ור״ן שם איירי בטוען התובע ברי והתם לאו במקבל תליא כלל אבל כאן דלריכין דעתה אפשר בשעת נתינה לא ידעה אם אינו נותן למתנה ולא אלים אומדנא זאת לומר דשמא גם האשה הבינה דהיינו מתנה תדע דהא כתבתי לעיל מ״ש בחידושי רשב״א דנתן סתמא יכולה לומר אני למתנה כיוונתי וא״ל להחזיר וכמו שביארתיו לעיל משום דמודה שנתן לשם קידושין כתייאש ואז תליא בכוונתה לזכות בהכסף בחנם וכיון דלא אלים אומדנא זאת להוציא ממון לא מהני נמי שתתקדש דילפינן דבר דבר מממון וכמ״ש בחוו״ד בריש כלל ש״ס ובבית יעקב על כתובות דף כ״ג דמגו או רוב או ס״ס ל״מ באיסור ערוה כמו דל״מ להוציא ממון על ידם דילפינן דבר דבר מממון והנה כתב מהרש״א ר״פ הפרה להוכיח היכא דיש אומדנא אלא דאין מוליאין ע״י אומדנא כזאת ממון מ״מ כשמודה חייב בקנס דע״י הודאתו אנן סהדי ואהכי סהדי שהעידו על המעשה סמכינן עיי״ש לכן ה״נ הוי מקדש בעדים כיון דמעידין על גוף המעשה ויש אומדנא שנתן לקידושין ומסתמא גם היא הבינה כן כיון דסברא הוא דאין דרך ליתן בחנם נהי דלא הבינה בפרטות כל מלה מ״מ דרך כלל ידיעה דמקדשה והא דפריך מנא ידיעה היינו דלא אלים אומדנא זאת להיות כעדים מ״מ כשמודית אזי אנן סהדי ואעדים סומכין כמו דמהני לענין קנס אף דלא מתחייב בלא עדים.

ואפילו נתן לה בשתיקה ולא דיבר כלום והוא והיא אומרים שכוונו לשם קידושין הוי קידושין וכתב בחמ״ח א״ך יעלה עפ״ד דנתן בשתיקה הוי ודאי קידושין והיכא דנתן הוא ואמרה היא הוי ס״ק וכי בשביל אמירתה גרע ונראה דבנתן הוא ואמרה היא פירש״י בפ״ק דף ה׳ ע״ב דנתן הוא דמי לכי יקח איש אשה ואמרה היא דמי לכי תקח אשה לאיש ועיי״ש בח״ר דגזה״כ הוא יקחנה ולא תקח עלמה לו ואיתא בפ״ק דב״מ בהא דנפל על המליאה כיון דנפל עליה גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני ולא בד״א וא״כ ה״נ בשלמא בתקו שניהם ואומרים שכוונו לשם קידושין שפיר מקודשת בכונתם כיון דנתן הוא גם כיוון הוא לקדשה אבל נתן הוא ובשעת נתינה אמרה הריני מקודשת לך הרי גלתה דעתה דלא ניחא להתקדש רק באמירתה א״כ כיון דבכוונתם לא מתקדשת באמירתה נמי לא מתקדשת דדמי לכי תקח אשה לאיש אלא דקשה למה לקמן ס״ח דנתן הוא ואמרה היא אם היה מדבר עמה על עסקי קידושין הוי ודאי קידושין נימא ג״כ דגלתה דעתה דלא ניחא לה להתקדש אלא באמירתה אך הך דס״ח מקורו מהרא״ש והוא לא ס״ל הא דמהני בב״מ כיון דנפל גלי דעתן אלא כאידך שינויא בש״ס שם דמיירי המשנה במקום דאין ד״א קונות וכמבואר בקילור פסקי רא״ש שם וכ״כ בפיה״מ לרמב״ם שם ובטוח״מ סימן רס״ח וכ״כ ב״י שם דרמב״ם ורא״ש וטור ס״ל כהרא״ה דלא קי״ל כהך שינויא דגלי אדעתיה לכן גם הכא ס״ל לרא״ש דהוי ודאי קידושין וכ״פ המחבר אבל הרשב״א התם מובא בחידושי ר״ן ובב״י שם דגם בקנין תורה אמרינן גלי דעתיה א״כ לק״מ ממהר״ס ועוד אפשר ס״ל למהר״ס כמ״ש הטו״ז בחו״מ סימן רס״ח דד״א קונות לו שלא מדעתו כמו שלרו א״כ י״ל דה״ע דמ״ד בש״ק דלא ק״ל הך סברא דגלי דעתו דכהי דלא נתכוין לקנות בד״א לאו דידע דקונות לו ולא רלה דמה אכפת לו כיון דס״ס רולה לקנות א״כ כסבור דאין ד״א קונות לו וכיון דקונות שלא מדעתו ממילא קני וכן מלאתי סברא זאת בריב״ש סימן שמ״ה משא״כ כאן דאשה אינה ניקנית שלא מדעתה ס״ל למהר״ס מדאמרה היא גלתה דעתה דלא ניחא להתקדש בסתם וממילא דמי לכי תקח אשה לאיש אך הר״ר יהונתן בב״מ באס״ז שם לא ס״ל כהטו״ז וכיון דהתם פסקו דלא אמרינן מדנפל גלי דעתיה ה״נ בכל מקום אף היכא דאין קונה שלא מדעתו ועיין בהה״מ פ״ג דמכירה ה״ג שכתב מהרשב״א בשם ר״י מיגאש דגילה דעתו שלא רלה לקנות בחזקה זו הוי קפידא והובא במל״מ פ״ב מזכיה ה״ט.

אמנם על הרמ״א קשה דבס״ח סתם כהמחבר הרי דלא ס״ל דגלתה דעתה וא״ל לשיטתו בחו״מ סימן רס״ח ס״א בהג״ה ואיך הביא הכא דעת מהר״ס דע״כ ל״ל דאמרה היא גרע משום דג״ד דרק באמירתה ניחא לה להתקדש והוי כי תקח ונראה דס״ל דשאני בנתן הוא ואמרה היא ולא דיבר תחלה מעסקי קידושין דתלוי בהודאתו שיודה א״כ שנתכוין לקדשה לפיכך כשאמרה היא בשעת נתינה הריני מקודשת לך חזינן דלא סמכה דעתה להתקדש בנתינה סתם שמא לא יודה א״כ לכן אין מתקדשת בנתינה סתם שלו כמו במקדשה בשט״ח דאמרים בקידושין דף מ״ח וכן בקונה קרקע באתרא דכתב שטרא אין נקנה בכסף לבד משום דלא סמכה דעתו לקנות בלא שטר וכן בקונה קרקע מגוי לא קנה בכסף משום דלא סמכ״ד כדאיתא בב״ב ובחו״מ ובדוכתי טובא וכיון דאמרה היא להתקדש הוי לא תקח אשה לאיש משא״כ בדיבר עמה תחלה מעסקי קידושין דא״ל להודאתו שנתכוין לקידושין ומקדשת בנתינה סתם והא דגלתה דעתה באמירתה דלא ניחא לה להתקדש בנתינה סתם לא מגרע לרמ״א והפוסקים הנ״ל כיון דבזה ליכא טעמא דלא סמכה דעתה וכן בלא דיבר עמה תחלה מעסקי קידושין ונתן סתם ושניהם מודים שנתכוונו לקידושין הרי דסמכו דעתם אקידושי סתם ואף דלקמן סימן כ״ח ס״ג בב״ש ס״ק ל״ו כתב דאפי׳ אומרת דסמכה דעתה לא מהני שא״ה דלא חשיד לכפור ולקלקלה באיסור א״א כל ימיה וכתמא לא חשיד בציניה וסמכ״ד ועוד למה יעשה כזאת אם לא יתרלה בה בידו לגרשה ומוקה ל״ש התירא ועביד איסורא כדאיתא בב״ב פ״כ דף קנ״ד ע״ב אבל באמרה היא ע״כ לא סמכ״ד ובזה לכ״ע כיון דגלתה דעתה דלא ניחא להתקדש בנתינתו סתם אינה מקודשת בהסתם רק באמירתה ובזה מכפ״ל לש״ס אי הוי לא תקח ובתה״ד סימן ר״ז הביא מהא״ז ביבמות שכתב דכ״מ שהכריעו חכמים את דעתו שלכך נתכוין אינו נאמן לומר לא נתכוונתי לכך והובא בקה״י בחלק מדות חכמים ברא״ש ובכ״כ הרא״ש ומהרד״ך ונראה דזה טעמו של הב״ש לקמן סימן כ״ח ס״ג ס״ק ל״ו דאפילו אמרה דסמכ״ד ל״מ כיון דמפורש בש״ס דלא סמכ״ד משא״כ הכא לא מליכו בש״ס לכן דוקא כשאמרה היא דחזינן דלא סמכ״ד.

צריך לחזור וליטול הקשו טו״ז וב״ש דבגט א״ל לחזור וליטול וכן לקמן בסימן ל״א א״ל

שמו

שמו הקידושין א"כ ליטול מתנה ולק"מ דכבר הבאתי לעיל לשון הרשב"א משום דקנאתו כי כונתה למתנה משא"כ בלא שמו הקידושין הובא לשון תשובת רשב"א בב"י שם דה"ל כפקדון עיי"ש וה"ט כיון שקבלתה לקידושין לא נתכונה לזכות במתנה ובתורת קידושין לא זכתה משום דלא שמוה מקודם לא סמכה דעתה להתקדש בודאי ורפויי ורפי בידה שמא אינה שוה כפי דמיונה ולא גמרה בלבה להתקדש ולקנות החפץ בודאי בתורת קידושין לכן אינו רק כפקדון בידה.

ומה שהקשה הב"ש ומגע ובשעה"מ פ"א מה"ג ה"ט כתב דשאני בקידושין סתם דיכולה לומר את בסתמא יהבית ניהלי ואנא למתנה איכוני משא"כ היכא דנתן לשם גט אלא דלא נתן באופן המועיל לא קנתה דהא לא למתנה נתן והקשה על זה דבחידושי רשב"א גיטין פרק הזורק דף ע"ח תמה למה תנן התם דנתן לה גט ואמר לה כנסי שט"ח זה אינו גט עד שיאמר לה הא גיטך לאשמועינן בנתן לה גט סתם וכ"ש באמר לה כנסי שט"ח ומאי קושיא הא י"ל משום דבעי לסיים עד שיאמר הא גיטך דנתן לה סתם לא מהני זה עד שיטלנו הימנה ויחזור ויתן לה דיכולה לומר אנא למתנה איכוונית לכור בו עפ"י ללוחות ולפימ"ש לעיל דאנן לא תלינן דלמתנה יהיב אלא כיון שטעה דמועיל לקידושין נתייאש מכסף הקידושין והאשה בנתכוונה לזכות במתנה זכתה וקנאתו וא"כ בגט נ"ל הכי דהא מציאת אשה של בעלה כדאיתא לקמן סימן פ"ד ונהי דכשנתן לה הבעל מתנה היא שלה כדאיתא שם בסימן פ"ה מ"מ הכא לא למתנה יהב אלא שתקנה ומחמת יאוש הוה כמציאה לכן מה שקנתה קנה בעלה דהמבנה דא"כ כנסי שט"ח מיירי בנשואה דהא קאי ארישא דהזורק גט לאשתו וסתם אשתו היינו נשואה כמ"ש בבד"ה כאן.

ובשעה"מ שם תירץ קושייתו דבגט מוכיח מתוכו לשם גט נתן לה ולא מצית למימר למתנה יהבית לי ולפ"ז בקדשה בשטר ונתן לה סתם ג"כ א"ל לחזור וליטול הימנה עיי"ש ולפימ"ש ע"כ אין דעת הרשב"א דקנאתו משום דהאיש נתן למתנה וא"כ מה אכפת דמוכח מתוך הגט או השטר והאשה לא קבלתי עד אה"כ יכולה לומר אנא למתנה איכוונת ועיי"ש בשעה"מ שהביא מע"י בקידושין דף כ"ב שכ' אהא דאריס שקידש במחא דמוכי וא"ר דא"מ כי האי של בעלים דאם אח"כ א"ל התקדש לי בחלקי אינה מקודשת וחלק עליו השעה"מ דכיון דפירש תחלה לשם קידושין לא קנאתו ולמה לא תהא מקודשת דמ"ש מנתן לה גט כשהיא ישנה ואח"כ כשנעורה א"ל הא גיטך דמגורשת עיי"ש ולפימ"ש בכונת הרשב"א א"ש דברי הע"י דכיון שכסבור שמקודשת בזה והאשה נמי לא ידעה שיש לבעל הגינה חלק א"כ גמורה בדעתה להתקדש ולזכות באותן שמכי אלא דכשנודע אח"כ דאינו שלו רק חצי אינה מקודשת דלא אקנייה נפשה רק בכולה מ"מ כיון דהאריס טעה כבר נתייאש וקנתה היא חלק האריס כיון דנתכוונה לקנות עכ"פ וא"כ תו ל"מ מה שא"ל אח"כ שתתקדש לו בכל שלא חזר ונטלה ממנה ומנע אין ראיה דאפ"ת דקנתה כייר הגט כשהיא ישנה מ"מ אינה רק כמלאה מציאה ומה שקנתה קנה בעלה וא"ל לחזור וליטלו ממנה.

בקו"א המקנה כתב דצריך ליזהר המסדר קידושין שיגמור אמירתו קודם שנתן הטבעת לידה ומשום דבנתן סתם דחיישינן שנתן לשם מתנה תו א"י לחזור תכ"ד דלא אתי דיבור ומבטל מעשה את"ד וכבר תפסו עליו האחרונים דמבואר בחו"מ סימן קל"ה ס"ז דבכל הקניינים א"י לחזור אחר כ"ד אבל תכ"ד יכול לחזור ועיין ר"ן נדרים דף פ"ז דלרמב"ן הא דתכ"ד יכול לחזור הוא תקנתא ולר"ן משום דאינו עושה בגמר דעתו ועד"ז עושה שיוכל לחזור תכ"ד א"כ נ"ל משום דאין דיבור מבטל מעשה ונראה ראיה מפ"ק דקידושין דף ה' ע"ב דאמר שמואל בקידושין נתן לה כסף וש"כ וא"ל הא"מ ה"א מאורסת ומקודשת ואם קפידא להקדים האמירה לנתינה למה הפך שמואל אע"כ דאין קפידא ובזה מתורץ מה שהקשה רש"י למה נקט שמואל דנתן לה ולפימ"ש טובא קמ"ל דיכול להקדים הנתינה לאמירה והא דפריך הש"ס דמאי למימרא היינו דודאי משמע דשמואל קמ"ל דלשון ה"א מקודשת הרי את מאורסת לישנא מעליא וזולת הפצותא דיכול להקדים הנתינה דזהו עיקר דקמ"ל שמואל אזה לשונות מועילין ומדחשיב ואז"ל הרי את מאורסת ה"א לאנתו ולפימ"ש מיושב קושית אחרונים על הרא"ש דכתב דאם דיבר עמה תחלה ועסקי קידושין אף דלא אמר לי מקודשת דא"כ מה פריך הש"ס דהוי ידים שאינן מוכיחות כיון דלא אמר לי ה"ל בבנוי דדיבר עמה תחלה מעס"ק ולפימ"ש לק"מ דאם דיבר עמה תחלה ועסקי קידושין תו נ"ל בסתם הוי למתנה כמבואר שם דף וא"ו וא"כ למה נקט שמואל נתן לה ואמר לה ולפימ"ש הפוסקים דבנוכרחה קי"ל דסתם לא הוי מתנה עיין ברא"ש פ"ק דב"מ דף ע"ז ובש"ך חו"מ סימן רכ"ו סק"ז בלא"ה אין חבב בהקדים נתינה לאמירה אלא דשמואל דק"ל בפ"ק דב"מ שם דתלינן במתנה גם בלקח ומחר שאינו קרובו הולך לאשמיעינן דבדיעבד מקודשת גם בנתן תחלה ובהכי א"ש מה דרמב"ם רפ"ג מהלכות אישות כתב להיפך דאומר לה הא"מ ונותן לה משום דאל"ל דאם הקדים הנתינה מקודשת דכבר ידענו ממ"ש בפ"ט מהלכות גו"א ה"ט דמעות חוזרין ומ"מ למדנו מהרמב"ם דיותר נכון לכתחלה להקדים האמירה לנתינה שתהא מבורר להד"א וכמ"ש שיאמר בזה אף דאינו מעכב ולא נזכר בגמרא אלא כתבו הרמב"ם משום דלכתחלה י"ל כן כמ"ש המב"ע ח"א סימן רל"א אך טור ומחבר הפכו וכתבו דנותן לה ואומר משמע דס"ל דגם לכתחלה נכון ובכנה"ג הגה"ט סק"ה כתב לא יתן הקידושין ואח"כ יאמר הא"מ לי דהוה מקדש במלוה אלא יאמר תחלה ואח"כ יתן הקידושין ומהר"א ירושלמי ז"ל עכ"ל נראה דס"ל דגם לרב דמעות חוזרין כשהכיר הלוקח שהשדה גזולה ומעות פקדון היינו ע"מ שיוליאנה והובא בא"מ כאן סק"ט ומ"מ קשה הא תכ"ד יכול לחזור בו ואף אי כיונא כהמקנה וכדעת שו"ת ושב הכהן סי"ט דהוכיח נגדעת הרמב"ם דלבטל מעשה ל"ה תכ"ד כדיבור מ"מ י"ל דוקא בבא לעקור המעשה ולחזור בו אבל לפרש דבריו שנתכוין תחלה לקידושין ולא נתן להלואה הרי אינו עוקר המעשה ומהני וכמ"ש התוס' במרובה ע"ג ע"ב והובא בנה"מ סימן רכ"ה ס"ג אף היכא דתכ"ד לאו כד"ד כגון בהקדש מ"מ יכול לפרש דבריו תכ"ד בהקדש דל"א לקנוניא בשכ"מ אבל בבריא דחיישינן לקנוניא אינו נאמן לפרש דבריו ג"כ די"ל שחוזר בו וא"כ הכא דאפילו נאמר כשנתן סתם הוי מלוה מ"מ יכול לקדשה בהנאת ומחילת המלוה וא"כ מהימן לפרש דבריו שמתחלה

שמתחלה נתכוין לקידושין ואך לרמב"ס דס"ל בפ"ה דאישות לדעת הה"מ שם דא"י לקדשה בהנאת מחילת מלוה ליכא מגו ובזה י"ל דלפיכך כתב הרמב"ם דיאמר הא"מ ואח"כ יתן ול"ל לפ"ז דבמואל דנקט דנתן לה הכסף ואמר הא"מ הייכו שאמר לפני נתינה או כשנתן והטוש"ע דס"ל לעיקר לקמן סימן כ"ח ס"י דיכול לקדשה בהנאת מחילת מלוה לא כתבו דיכול ליתן ואח"כ יאמר הא"מ לי ולפימ"ש הב"ש שם דלב"ע יכול לקדשה במלוה כשמפרש בהנאת מחילת מלוה נ"ל כן וגם לדעת האחרונים דגם לבטל המעשה יכול תכ"ד כ"ל בא"ח דהכה תכ"ד קי"ל דהוא שלשה תיבות כמ"ש רמב"ם בפ"ב מהלכות שבועות וא"כ אם סגי כשאומר הא"מ לי ואל"ל בזה דממילא ידעינן דכוונהו לקדשה בזה שנותן לה א"כ כשנתן סתם ואומר הרי את מקודשת הזיכן דרולה שתתקדש בזה שנתן לה אף דל"ל לי זה רק שיהא מוכח שמקדשה לו ולא לאחר מ"מ מ"ד שאומר׳ הא"מ הזיכן דבזה שנתן לה מקדשה ואהכי בתורת חזרה או פירש תכ"ד אבל אם ל"ל בזה דכ"ז שלא אמר בזה איכו מוכח דבכסף זה מקדשה ליכא חזרה או פירש רק כשאומר בזה והוי לאחר כ"ד לכן הרמב"ם דכתב שיאמר בזה הצריך שתהא האמירה לפני הנתינה ולא לאחר הנתינה כיון דלכתחלה ל"ל בזה, ושמואל דלא הזכיר בזה משום דמיירי לענין דיעבד דאל"ל בזה לכן נקט הנתינה קודם דבדיעבד דאל"ל בזה הוי תכ"ד והטור דלא הזכיר תיבת בזה ועי"כ ס"ל דגם לכתחלה א"ל לכן כתב דיכול ליתן ואח"כ יאמר הא"מ רק דברי המחבר ל"ע דכתב שיתן ואח"כ יאמר הא"מ לי בזה ול"ל דס"ל כיון דנתן סתם והוי ספק אם נתכוין לקדושין אי רק למלוה נאמן לפרש דבריו גם אחר כ"ד דהא יש לו מגו דבידו לקדשה בהנאת מחילת מלוה דהא היא מרולית להתקדש לו והא דכתבו תוס׳ בתמורה דלאחר כ"ד א"י לפרש דבריו דוקא התם דאמר הר"ז תמורת עולה א"כ כשמפרש דבריו שנתכוין ג"כ לתמורת שלמים הוי דברים שבלב זולת כשפירש תכ"ד כמ"ש תוס׳ שם משא"כ הכא דנתן סתם נאמן לפרש דבריו גם אחר כ"ד דלא הוי דברים שבלב דהא מתחלה לא אמר בה״פך.

וגם בלאו מגו י"ל דנאמן לפרש דבריו דהא טוען ברי שלקדשה נתן מתחלה ואף דקי"ל מנה לי בידך והלה אומר א"י אם נתחייבתי פטור הייכו משום דא"א להוליא ממון ע"י ברי אבל כאן לא בא להוליא הממון ממנה אלא לברר דנתן לקידושין ולא להלואה ואף דיש לה חזקת פנויה מ"מ חזקת פנויה חזקה קליבא ול"ד לחזקת ממון כמ"ש תוס׳ בפרק המדיר דף ע"ה ע"ב בד"ה אבל וברפ"ב דכתובות דף ע"ז משוי ברי עם רוב ולס"ד ברי עדיף מן רוב וא"כ רק כנגד חזקת ממון ל"מ ברי ולא כנגד חזקת פנויה לכן בדיעבד כשהקדים הנתינה עכ"פ אין חשש כיון דלהטור והש"ע גם לכתחלה נותן תחלה ומרמב"ם אין הכרח לענין דיעבד ומבמיעות לשון הש"ס דבדיעבד עכ"פ אין קפידא כשנתן לפני האמירה דאל"כ לא הוה מהפך הלשון נתן ואמר והרי לשמואל נתן סתם תלינן דבמתנה נתן ועיין שו"ת שיבת ליון סימן ס"ט הבאתיו לקמן סימן כ"ה ס"ד.

ועוד אף דכתב הריטב"א דכשהכיר הלוקח שהוא גזול או אסור בהנאה דגמר ונתן במתנה לשמואל או ע"מ שיוליאנה לרב לא כ"ל מ"ם הא"מ דלפ"ז הוי הלואה כיון דנותן להוצאה ואינה מקודשת עד שיחזור ויטלנה ומנה הכסף דאל"כ הוי מקדש במלוה עיי"ש דא"כ למה אמר רב דגמר ונתן לשם פקדון הל"ל לשם הלואה אע"כ דהוי כמפקיד מעות אלל שולחני דמותר לשתמש בהן לדיכא דגמרא ובזה"ז גם במפקיד אלל בעה"ב כדאיתא בחו"מ סי׳ רל"ב והכא כיון דנתנן סתם ולא פירש דלפקדון נותן משום דכשבור שנא לא ירלה לקבל כדאיתא בפ"ק דב"מ דף ט"ו ע"ב א"כ כשבור דמקבל לא ירגיש דפקדון הוא וממילא כשילטרך להוליאן יוליאן כאדם העושה בשלו לכן מסתמא אדעתא דהכי נתן אלא לא למתנה דלאח"ז יודיעו שלא נתנן במתנה להלוטין והוי כמפקיד מעות אלל שולחני דהעלו החכ"ל בהגהות טו"ז בחו"מ סימן ע"ג ותומים שם ואבן העוזר בסימן מ"ז דכל זמן שלא הוליא השולחני המעות ובא המפקיד להובען מחויב להחזירן למפקיד בעין דאיכו נעשה לוה עד שהוליאן כיון דלא פירש שלוה ממנו להוליאן ואפשר לא לריך כלל להוליאן ועיין תומים ס"ס ע"ג וא"כ ל"ד למלוה כ"ז שעומד בעין וכ"ש כאן דהאשה מרולית להתקדש בהן ואין רלונה שיהא כמלוה ולפ"ז ל"ל מה דנקט רמב"ם דתחלה יאמר האמ"ל ואח"כ יתן דכהי דלא תלינן דבסתם הוי מתנה משום דלא עבדי אנשי דיהבי מתנות לנוכראה כדאיתא בב"מ שם הייכו עפ"י רוב ואף דאין הולכין בממון אחר רוב י"ל הא רוב חשוב ומהני להוליא ממון עתוס׳ פ"ק דסנהדרין דף ג׳ ע"ב בד"ה ד"מ מ"מ לכתחלה אין סומכין על רוב ושמואל דס"ל בסתם תלינן במתנה קמ"ל כאן בנתן תחלה ואח"כ אמר הא"מ דמקודשת כיון דעפ"י רוב אין נותכין במתנה דוקא במקדש אחותו או הכיר בקרקע שאיכו של מוכר דאדם יודע שאין המכר מכר תלינן יותר במתנה מלומר לשם פקדון אבל כאן דתכ"ד אמר הרי את מקודשת אמרינן הוכיח סופו על תחלתו דלשם קידושין יהיב ורמב"ם דס"ל בהכיר בה שאיכו שלו דלאו למתנה יהיב לכן לא הולרך לכתוב דבדיעבד אם הקדים הנתינה מקודשת שו"ר בא"ס"ז פ"ק דב"מ דף ט"ו ע"ב שכ"כ הריטב"א לשם פקדון כמפקיד מעות מותרין אלל שולחני.

וברימב"א ספ"ק בהשמטת לדף ט"ו בסד"ה ועוד כתב ז"ל וכי אמר מעות פקדון למעוטי דל"ה מתנה וכיון דיכול לשלוח בהן יד ה"ל הלואה גביה ואיכא משום רבית וכיולא בזה אמו מפרשין בקידושין גבי מעות שהרין דכיון דיש לה רשות לשלוח בהן יד ה"ל הלואה ואינה מקודשת למ"ד מעות פקדון עכ"ל ותמוה מאד דהא דמבית שהרין היא בקידושין דף מ"ו אהא דהתקדשי לי בזו ובזו ואכלה ראשונה ראשונה אם יש באחרונה ש"פ מקודשת דראשונה דאכלה הוי מלוה ואינה מלטרפת עיי"ש דמבואר בעין הראשונה מלטרפת לש"פ וא"כ מה כוונת הריטב"א אם כשעדיין לא אכלה אדרבה מבואר התם דמלטרפת ולא חשוב מלוה ואם כשאכלה. מאי אריא משום דיש לה רשות להוליאן הא גם כשאין לה רשות מ"מ אכלה וליתא בעין רק נתחייבה בדמיו והוי מלוה וכדאיתא התם בקידושין בריטב"א עלמו ואפשר כוונתו בב"מ דאם יש לה רשות להוליא גם כשלא יגמרו הקידושין שפיר חשוב מלוה כשאכלה אבל אם הוי כפקדון ממש כשלא יגמרו הקידושין ואין לה רשות לאכלה זולת ע"ד שילטרף לקידושיה אזי כשאכלה ל"ד למלוה וכדאיתא בר"פ האומר אהא דהא"מ לאחר ל׳ יום דנתאכלו המעות תוך שלשים יום מקודשת דפרש"י

כיון

כיון דלא ליתנו לה להוליאן אלא ע״מ שתתקדש בהן ולהכי כי אכלה דידה אכלה ולכי מעי זימנא תתקדש עיי״ש ס״כ כשנתן לה וא״ל התקדשי לי בזה ובזו ובזו לא כיתנו לה להוליאן אלא ע״מ שתתקדש אם כימא דהוי כפקדון ממש אם לא תתקדש אלא ש״מ דמעות חוזרין כשלא נגמרו הקידושין דלרב הוי לשם פקדון הייכו שיש לה רשות להוליאן כמפקיד מעות מותרין אלל שולחני לכן כשאכלה הוי ומלוה דאין אכילתה תליין בחלות הקידושין.

ס״ח הוי ספק בש״ס מקשי ליפשא לשיפא ומשני בואבע״א כתן הוא ואמרה היא ספקא הוי ומיישיכן מדרבנן ולפ״ד מל״מ ותב״ש דבס״ד ל״ל אוקמוה אחזקה הל״ל דחיישיכן מדאורייתא ונראה דש״ס מספ״ל אי משום דתנא דברייתא מספ״ל בכתן הוא ואמרה היא או דהתנא ס״ל דחיישיכן מדרבנן ויש כ״מ במקדש בפס״ע דרבנן דאם רק. חיישיכן מדרבנן הרי העדים ג״כ פסולים מדרבנן משא״כ אם ספקא הוי כיון דהעדים כשרים מה״ת עדיין ספקא הוי והרי״ף דס״ל בתשובה הובא בשו״ת מיוחסות לרמב״ן סימן קכ״ה דגם בפס״ע דרבנן איכה מקודשת כלל א״כ אין כ״מ לכן נקט רק דחיישיכן דרבנן כיון דבין כך ובין כך לריכה גט נקט רק חדא אבל רמב״ם דס״ל בפ״ד מה״א. ה״ו דמקדש בפס״ע דרבנן לריכה גט לפיכך בכתן הוא ואמרה היא כתב דספקא הוי בפ״ג שם ה״ב משום דכ״מ לחומרא בזה.

ולכאורה כ״מ אם לריכה להחזיר כסף הקידושין דאם ספקא הוא כיון דברשותו באה לידה בשעת לידת הספק המע״ה משא״כ אם רק חיישיכן מדרבנן משום חומר האיסור אבל גבי ממון אוקמוה אדינא וא״כ ה״ל לרי״ף לכתוב דספקא הוא אך לפימ״ש לעיל ס״ב אף דהקידושין בטלים א״ל להחזיר הכסף קידושין היכא דהאשה לא הטעתו כיון דכתייאש מאילה בטעות הוי מחילה גם כאן א״ל להחזיר ולא כ״מ.

ואאת״ל דיש חומרא אם הוי ספקא יותר מאם רק חיישיכן מדרבנן מ״מ י״ל לפימ״ש דהך וחיישיכן מדרבנן הייכו או חיישיכן מדרבנן הוי ס״ס חדא שמא עיקר כהתיכך דחיישיכן מדרבנן ואת״ל כתיכך כאשון דההכא ס״ל דהוי ספקא מ״מ שמא בלאמת הדין מן התורה דאיכה מקודשת א״כ ש״ס להקל לומר שאיכו איסור מדאורייתא לכן כקט הרי״ף רק תירך הכי דחיישיכן מדרבנן אלא דש״ס זה איכו מתהפך וכבר פליגי הפוסקים אי לריך בס״ס שיהא מתהפך וי״ל דרי״ף ס״ל דא״ל ורמב״ם כקט דספקא הוא ס״ל דלריך שיהא מתהפך ויותר כראה דגם להרי״ף בעלמא לריך ס״ס מתהפך ומטעם שכתב הרמ״ע הובא בש״ך בכללי ס״ס ס״ק ט״ו כיון דלאורייתא הוא מכלן להתחיל בלד שיש ס״ס ולפ״ז היכא דיש חזקה להיתרא ומדאורייתא א״ל ס״ס רק מדרבנן לא סמכיכן אחזקה וכדעת הפוסקים שהובא בש״ך יו״ד סימן כון או באיסור א״א דבאיסור שיש בו מיתה לא סמכיכן אחזקה כדאיתא. ברש״י חולין דף קל״ד וכיון דרק מדרבנן לריך ס״ס א״ל שיוכל להתהפך וא״כ הרי הר״ן בפ״ק דקידושין הוכיח דחזקה מהני בספקא דדיכא מדאמריכן בכל תיקו דממונא אי תפס מוליאין מתכו ע״כ משום דמוקמיכן אחזקה דמעיקרא עיי״ש וכבר האריך בשו״ת בכללי תפיסה בכמה ראיות דדעת הרי״ף בכל תיקו אי תפס מוליאין לכן ס״כ א״ל ס״ס המתהפך ולכן הטעם הא דאמרו בש״ס דספקא הוא ומיושב קושית הר״ן שם על הסמעתו אבל הרמב״ם דפסק בכל תיקו אי תפס אין מוליאין דס״ל דתפיסה עדיף אף דס״ל כמי הכי בספק במליאות כמו דס״ל בתקפו כהן מ״מ לדידי אזיל הוכחות הר״ן וי״ל בספ״ד אין החזקה מעלה ומוריד דמשום חזקה לא ישתנה הדין כמ״ש המל״מ ותב״ש וא״כ מדינא לריך ס״ס אף דס״ל דכל ספיקא דאורייתא מה״ת לקולא ה״ד באיסור שאין בו כרת כמ״ש הרמב״ם ספ״ט מהל׳ טומאת מת וכיון דלריך ס״ס מה״ת ל״א ס״ס כשאיכו מתהפך לכן נקט כאן דאמרה היא דהוי ספקא והפרמ״ג ביו״ד סימן ח״י בשפ״ד סק״א הוכיח מרמב״ם פ״ג ה״ד מהלכות שחיטה דס״ל דבעיא דלא אפשטא ליכא לוקמוה אחזקה דמעיקרא אפילו לחומרא לעשות איסור ודאי מדכתב שם שהה בנימעוט הר״ן ספק נבלה משום דהוא בעיא דלא איפשטא דאל״כ הל״ל ודאי נבלה משום חזקת שאיכה זבוחה וא״ל דא״כ למה כתב הרי״ף בפרק השוחט ב׳ בבעיא דשהיות מלטרפות ושה״י במיעוט סימנין דכל תיקו דאיסורא לחומרא והלא לרי״ף מוקמיכן אחזקה דמעיקרא בתיקו דממונא א״כ מ״ל כיון דיש ספק בשחיטה הוי לאיסור משום החזקה י״ל דל״ל משום דאם הוי כללא דתיקו דאיסורא לקולא עכל״ל דהוי כודאי היתר וגם כשיש חזקה לאיסור דכל חזקה איכו מועיל רק היכא דבלאו החזקה מיחשב ספק ואסור מספק אז ע״י החזקה חשוב ודאי וכדעת כ״פ בספק איסור דרבנן דגם בחזקת איסור מותר וכן בספק ממזר דמותר מן התורה ועוד דקמ״ל דל״ת דשהיה דפיסל בשחיטה רק הלל״מ וספקו לקולא וכה״ג כתב הפרמ״ג בפתיחה להלכות שחיטה סרס א׳ דלפיכך אמרו כל ספק בשחיטה אסור לרבותא אף בשחיטה דהלל״מ וה״א כיזל לקולא קמ״ל או דהרי״ף קמ״ל דגם בעוף תיקו דאיסורא לחומרא דה״א דבעוף ליכא עשה דוזבחת והשחיטה עלויה מהלל״מ לתקן איסור אבר מן החי ואין מחזיקין מאיסור לאיסור וליכא חזקה וכמ״ש הפמ״ג שם בסוף סרס ב׳ לדעת ר״י.

נמצא דהרמב״ם ורי״ף לשטתייהו אזלי דהרי״ף דס״ל בספ״ד מוקמיכן על חזקה מדאורייתא לכן אף דמדרבנן אסור אהכי ס״ס אף דלא מתהפך להקל והכא דהש״ס נסתפק באמרה היא ונתן הוא אם ס״ל להתנא דהוי ספק או ס״ל להתנא דחיישיכן מדרבנן דהוי ס״ס לכן פסק הרי״ף דרק מדרבנן חיישיכן ואין בו חשש דאורייתא אבל להרמב״ם דחזקה ל״מ בספ״ד ל״ה כאן ס״ס כיון דאיכו מתהפך ובדאורייתא לריך ס״ס מתהפך ומ״ש הפרמ״ג בשפ״ד סימן ח״י סק״א דלרמב״ם מהכי ס״ס אף שאיכו מתהפך דיליף דפיתוי קטנה לאו אונס מכח קושית התוס׳ בפ״ק דכתובות דף ט״ו וכמ״ש המל״י עיי״ש ל״ק כלל חדא דיותר י״ל דרמב״ם יליף לה מסנהדרין דף כ״ה וכמ״ש הב״מ לקמן סימן קע״ח ס״ב ועוד אאת״ל דלרמב״ם מהני ס״ס שאיכו מתהפך הייכו באיסור שאין בו כרת כיון דלרמב״ם ספקא דאורייתא אסור רק מדרבנן א״כ ל״ל כטעם הרמ״ע מכלן להתחיל באותו לד שיהא ס״ס דכיון דא״ל ס״ס רק מדרבנן א״כ כשיש ספק באיזה לד כתחיל הוי ספק דרבנן וכ״כ בדג״מ בגליון ליו״ד בכללי ס״ס אבל באיסור כרת דגם לרמב״ם ספק אחד אסור מה״ת מודה כשיש ס״ס דלריך שיוכל להתהפך וכאן באיסור א״א הוי ספק איסור מיתת ב״ד.

נשמט מסעיף ד' ולא אמר לי כתב מהרי"ט בחידושיו ויש לברר כשהיה שידוכין ביניהם אי חשוב כידים מוכיחות דמהרי"ל בח"א כתב דמקודשת לו מהא דכתב ר"ת באחד שאמר לחברו בתך מקודשת לי ולא פירש פלונית מסתמא על המשודכת קאמר וגדול אחד אמר דל"ד דהתם ודאי הקידושין חלין על אחת מהבנות וכולם בעיין גיטא מספקא דליכא ספק רק או הא או הא י"ל שקידש אותה ששידך מעיקרא דגילוי מלתא הוא דשויי לא יעשו עולה אבל במקדש ולא אמר לי כיון דידים שאין מוכיח לא"ה ידים ה"ל דברים שבלב ואינן דברים וכתב מהריב"ל דפח"ח מ"מ לא אסמוך לפוטרה בלא גט וכתב מהרי"ט דהחילוק מוכרח דהא כי פרכינן על רבא דאמר קסמ"ל לא"ה קידושין ומתכן המקדש את בתו סתם אין הבוגרת בכלל ומתרץ כשאין שם אלא קטנה וגדולה וקמ"ל אף דשויתיה גדולה שליח לקבל קידושין אמרינן לא שבק מלתא דים לו הנאה מיניה דכסף קידושין שלו ואפילו אמרה גדולה שיהא הכסף שלו לא שביק איהו מלוה דרמיא עליו ועביד מלוה דלא רמיא עליו ובהך סברא אמרינן דאין הבוגרת ולא חשו לה חכמים אעפ"י שידוע שעשתה את אביה שליח ואלו אמר הרי את מקודשת ולא אמר לי אמרינן דליכא ידים מוכיחות שקדשה לעצמו ול"מ הסברא דלא שביק איהו מלוה דכפשיה ורמיא עליו ואית ליה הנאה מיניה ועביד לאחריני אף שלא ידענו שנעשה שליח לשום אדם והיינו לפי שאינו בעיקר הקידושין א"ד מהרי"ט והקשה אב"מ מהא דקידושין דף כ"ב בהא דאמר רבא קידושין שאין מסורין לביאה לה"ק דמותיבינן מדתנן המקדש את בתו אין הבוגרת בכלל הא קטנות בכלל והא אין מסורין לביאה אמר לך רבא הבמ"ע דאין שם אלא גדולה וקטנה א"ה מאי למימרא הבמ"ע דשוי' שליח וקמ"ל דלא שביק איהו וכו' ולהס"ד דלא שוי' שליח מאי פריך מאי למימרא טפי ה"ל למפרך דלא ליהוי קידושין כלל כיון דיש לו קטנה וגדולה ואומר סתם בתך מקודשת לי וסתמא הבוגרת והוי קידושין שאין מסורין לביאה דלר"ה קידושין כלל ואפילו כימא אומדנא דקטנה מקדש ולא הבוגרת הא לא מהני אומדנא במקום דאין קידושין כלל אח"ד.

ונראה סברת אותו גדול דמחלק בין אם אחת ודאי מקודשת רק לא ידעינן איזה דאז מהני אומדנא לברר ובין אם לולא האומדנא ליכא קידושין כלל אז ל"מ אומדנא דכיון דקיום קידושין הוא רק בשני עדים ל"ה אומדנא בעדים דהא ילפינן דבר דבר מממון ואין מוציאין ממון באומדנא כמו גמל אוחר בין הגמלים בב"ב דף צ"ג ע"א אבל לברר איזה מקודשת ל"ל שני עדים כמ"ש הר"ן בקידושין דף ס"ב אהא דאמר קידשתיה ואף דכאן מוליאה מחזקת פנויה מ"מ אחותה נמי יש לה חזקת פנויה וכיון דא"ל שני עדים מהני גם אומדנא.

אך מה דהקשה מהרי"ט למה לא הכריח מהריב"ל חילוק זה מהא דבלא אמר לי א"מ אף דיש אומדנא כמו בהא דמקדש בתו י"ל בפשוט דבלא אמר לי אפשר עיניו נתן בקרובתיה ולא ניחא ליה לימסר בהן ויקיים המלוה ויהא נהנה מאחרת הקרובה לזו משא"כ אב המקדש אחת מבנותיו דאין לו. כ"מ מזה אמרינן לא שביק מלוה דרמיא עליו ויש לו הנאה מיניה ועביד מידי דלא רמיא ואין לו הנאה מיניה.

ולתרץ קושית האב"מ נראה לפיע"ם הרא"ם בנא"ס"ז פי' המדיר דף ע"ד ע"ב דבאיסורא לא אזלינן בתר גילוי דעת דהא גבי שכ"מ אם עמד חוזר במתנתו וגיטו הוי גט אם לא התנה והובא בשעה"מ פ"ו מהלכות אישות וכ"כ שם מהכנה"ג ושו"ת הר"ס אלשיך והנה דעמד חוזר בשכ"מ הוא רק אומדנא דהא לא גילה דעתו כלל ויהב בה הרא"ם טעם דג"ד ל"מ באיסור ושוה בזה גיטין וקידושין והר"ס אלשי"ך כתב דתליא בפלוגתא דאביי ורבא בהשולח אי. ג"ד מלתא לרבא שם דקי"ל ג"ד מלתא.

ול"ק קושית האב"מ דהא בהא דבוגרת לרבא שפיר קמכי אאומדנא אף בעיקר הקידושין ולא"ית מהרי"ט שפיר כיון דחזינן דחשבינן לאומדנא מה דלא שביק איהו מלוה דרמיא עליו ואית ליה הנאה ומ"מ כשלא אמר לי ס"ל לאביי בפ"ק דקידושין דהוא בעל המימרא שם דאינה מקודשת ואביי ס"ל ג"ד ל"מ וקי"ל כאביי ור"ת פסק במקדש בתו סתם אי שדיך אחת אמרינן דאותה קידש הרי ע"כ לחלק כאותו גדול אך לפי הפוסקים שהביא בשעה"מ שם דמהני אומדנא גם בקידושין וגיטין והא דשכ"מ אינו חוזר בגט רק משום גזרה עכ"ל כמ"ש לעיל בשלא אמר לי ליכא אומדנא דלא שביק וכו' משום דאפשר לא ניחא ליה ליתסר בקרובותיה של זו ועיין שו"ת מבי"ט ח"א סימן שין מהריב"ר דאם דיבר לפני הגט ובשעת כו"כ לא הזכיר דכתב דלפי מה דקי"ל ג"ד בגיטא ל"מ ה"כ לא אמרינן שיהא כמפרש בשעת כו"כ וכ"כ רש"ל בשו"ת סימן כ"ה ורמזים בכנה"ג בהגה"ט לקמן סימן קמ"ג אות כ"ף ובשעה"מ שם וא"כ ה"כ בשידך האשה לו ואח"כ אמר סתם הרי את מקודשת ולא אמר לי ועיין ה"ר פ"ק דקידושין דף ה' ע"ב בסד"ה הא נתן הוא שכתב אהא דאמר רבא בדף ז"ין תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת דוקא כשאותו הנותן חזר וא"ל האומ"ל הא נתן ולא פירש א"מ ואעפ"י שהדברים מראין דלדעת מה שאמרה לו נתן הוא וכמו שפירש דמי מ"מ הצדאת עדים בעינן דהמקדש בלא עדים א"ח לקידושין א"כ כיון שלא פירש ואפשר שלשם מתנה נתן אעפ"י שהוא מוכח דלשם קידושין נתן כמו שאמרה אפ"ה אין כאן עדות שמיעה ולא ראיה אלא שהם דכין כונת הלב אבל כשהיו עסוקים בא"ע כיון שהוא בעצמו נתרלה מעיקרא הר"ז כאלו פירש עכשיו בשעת נתינה דאדיבוריה דנפשיה קא סמיך ויהיב עכ"ל וגם הרמב"ם בפ"ה מה"א הב"א כתב דדוקא אם חזר ואמר האומ"ל וכו' וקשה למה לא פירש זה רבא ור"ן הביא דעת אחרים שא"ל לחזור ולומר לה האמ"ל וודאי טעמייהו משום דלא זכרו רבא ולפימ"ם ה"ט דלרבא מהני הוכחה אבל לדידן צריך רא"ית ושמיעת העדים דוקא וכ"כ בפו"כ ומהרא"י סימן מ"ט כמו דקי"ל כאביי דג"ד בגיטא ל"מ ה"כ בקידושין ל"מ וכ"כ רי"ו בחלק הוה נכ"ב חלק שלישי: הובא בעל"א לקמן סימן ל"ז סקי"ט.

סימן כ"ח

ס"א וכודע שקנה אותו דבר ביאוש עמו"ח דפירושו שנודע בשעת קידושין דא"ל נודע שנתייאש אף דאח"כ נודע שלפני הקידושין נתייאש הוי כישל"מ ובעניי א"י: מה ענין זה לישל"מ, דהתם כיון דבעל המעות לא ידע שנתייאש אין המעות יולא מרשותו בלא

בלא כונתו אבל אם הזוכה לא ידע הא קי"ל חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו וכ"ש הכא דנתכונו המקדש והאשה לקנות אלא דלא ידעו אם הנגזל נתייאש ועוד להחמ"ה משמע דלא קנה מחמת שלא שנתייאשו הבעלים ולשון ונודע שקנה משמע דקנה ומ"מ אינה מקודשת א"ל נודע שקנה.

ולענ"ד י"ל לפי מאי דאיתא בב"ב דף קמ"ג בגר שמת ובזבזו נכסיו ואח"כ שמעו שיש לו בן או אשתו מעוברת חייבין להחזיר החזירו הכל ואח"כ שמעו שמת בנו או שפילה אשתו המחזיק בשניה קנה ובראשונה לא קנה וקאמר רבא הטעם דרפויי מרפיאן בידייהו מעיקרא וי"ל א"כ כל קנין וקדושין על תנאי נמי לא יועיל כיון דרפיא בידים ואפ"ת התם משום דבידם לקיים ודעתם לקיים וכמ"ש רש"י בפי' כה"ג דף כ"ה ע"ב לענין ברירה אך קשה מתנאי שאין בידם כע"מ שירצה אבא וכע"מ שירדו גשמים וגם כל קנין שיש בו ספק לא יקנה כלל משום דרפיא בידם ול"ל דשא"ה בב"ב כיון דרוב נשים מתעברות ויולדת כדאיתא בפ"ב דיבמות דף ק"ע לכן נוטה דעת המחזיק ביותר דיש לו יורש ורפיא בידו ואף דאומר דסמכא דעתו ומיכוין לקנות בטלה דעתו וכמו בשוק דגלדאי אף דאומר דלא מתייאש הוי כלווה על ביזי שנפל כדאיתא בפרק א"מ דכ"ד ע"ב ולפ"ז הכא דסתם לא הוי יאוש דאם סתמו יאוש א"ל שיהא נודע דנתייאש אע"כ היינו משום דסתמא לא מייאש לכן רפויי מרפיאן ביד המקדש והאשה הקידושין עד שידעו שנתייאש ואפילו האשה אינה יודעת אם גזול הוא מ"מ המקדש רפיא בידו קנין הקידושין והוי כלא נתכוין לקדשה אבל החפץ נקנה אף דלא ידע שנתייאש בעליו במקום דיאוש קונה אם נודע אח"כ שנתייאש אף דאז אינו ברשות הזוכה מ"מ כבר קנתה לו חצרו או ידו בשעת יאוש בעלים וכמ"ש נה"מ דמטלטלין שברשותו קונה אף דרפיא בידו כיון דחצרו קונה לו שלא"מ וא"צ כונה ולפ"ז נסתר מ"ש בנה"מ בדיני תפיסה בכל קנין קרקע בספק לא קנה עיי"ש ס"ע א' אפשר כיון דקסברי העדים דלא קנסו הוי כמקדש בלא עדים שו"ר בנוב"ת חאה"ע סימן ע"ז כתב כתירוץ שני זה אך בתשובת רא"ס ח"ג סימן כ"ב הוכיח דלא כהנו"ב.

ויעיין בחמ"ח שהאריך כאן וכבר הארכתי היטב בחיבורי ערך ש"י על חו"מ סימן שס"ח וכעת בא לידי ספר על"א ומצאתי שכ"כ אך בכאן בלא"ה לק"מ דמ"ב אם נתייאשו לפי שכלל גנבה וגזלה ויש מהם דסתמן הוי יאוש כגון המכיר כליו/ בחו"מ סימן שנ"ז ויש עדים או לא ידעו הבעלים אם נגנב מהם לכן התנה אם נתייאשו כל חד כדינו דהיינו היכא דצריך לידע שנתייאש או היכא דסתמו יאוש לאפוקי היכא דליכא יאוש הדע דע"כ מיירי דיש עדים שזו גנבה דאל"כ לא מהימן המקדש לומר אח"כ שזה גנבה דחזקה כל מה שתחת ידי אדם הוא שלו ואפילו לי"א שבחו"מ סימן ל"ע ס"א דנאמן במגו באינו שלו והכא י"ל דבידו לגרשה י"ל שמא אינו רוצה ליתסר בקרובותיה.

בהגהות הגאון רב"פ זלה"ה על בית מאיר כתב שבאס"ז ב"מ כ"ב ב' בד"ה וז"ל הראב"ד וכו' א"א תמה אני מבואר כמ"ש הח"מ ולע"ד שא"ה דמיירי במציאה שבסבור המוצאה שלא נתייאש בעליה אף דנודע אח"כ שנתייאש חייב להחזירה דכיון דתורה לאו ברשיעי מיירי וכיון כשמצאה חשב דלא מצי זכי בה כיון דבסבור שלא נתייאש לא קני ליה חצרו שלא"מ כמ"ש תוס' בפאז"ה דף כ"ד היכא דידע דמונח בחצרו ולא נתכוין לקנותה אינו קונה א"כ כשבא לרשותו נתחייב להחזירה ותו לא מצי זכי בה כשלא"מ כמ"ש בחו"מ סימן רס"ב ס"ג משא"כ בגנב וגזל וקידש בו דהאשה מתכונת לקנות וכן המקדש אלא בלא יאוש אינו נקנה אבל כשנודע לבסוף דכבר טרם שנתקדשה בו נתייאש קנתה שפיר.

ב"ש סק"ג כתב דבגנב שאינו מפורסם ולא ידעה שהכלי גנוב פטורה מלהחזיר דמי הכלי לגנב משום תק"ה ולי צ"ע דתק"ה משום דאם לוקח יחויב להחזיר יאוש מלקנות שמא גנוב הוא ויפסיד דמיו וכאן אם תחויב להחזיר לא תהא מקודשת ולא תפסיד כלום ואם אין רצונה ליתן דמים תחזיר הכלי.

ואבה"מ הקשה מ"ש הרא"ש בספ"ק דב"מ דאם קדשה בשט"ח ש"ל על אחר וחזר ומחל א"ל המוחל לשלם לה רק פרוטה דקידושי אשה בש"פ והיא לא סמכ"ד אלא להתקדש בכולה א"כ ה"כ אף דמתק"ה יש לה פרוטה מ"מ השאר אינו מגיע לה ולא סמכ"ד והוי קידושי טעות עיי"ש ונראה דבשלמא המוחל דצריך לשלם מכיסו י"ל לא הפסדתיך רק פרוטה דאימר היית מתקדשת בש"פ דכמה נשי מתקדשין בפרוטה אבל הכא דצריך הגנב להוציא ממנה יכולה היא שתאמר אני שוה בעיני יותר ולא הייתי מתקדשת רק בכל דמי הכלי ובאומדנא דהרבה נשים מתקדשין בפרוטה א"א להוציא ממנה וכה"ג כתב בלה"ג בחו"מ סימן ע"ב ק"כ אות ב' בטעם הי"א דהמלוה י"ל לדידי שוה המשכון ככל החוב אף דעפ"י שומא אינו שוה כ"כ משום דמוחזק ואפילו לדעה ראשונה שם דאינו יכול לומר כן י"ל משום דהמשכון עומד לחזרה בין כך ובין כך וטענתם רק על הדמים ולוה מוחזק וכדאיתא בב"מ ק"י ע"ב ביתומים אומרים אנו השבחנו ובאילן העומד לקוץ וכ"כ בשו"ת הרשב"א סימן תתקל"ט אלא דכתב שם היכא דמלוה יכול לטעון לקוח אינו עומד להחזיר וחשוב מוחזק וי"ל דבסברא זו פליגי שם ועיי"ש בחו"מ ס"ד וסכ"ד.

ועוד בשלמא בתק"ה אם קנה בזול סגי להחזיר דמיו דאין לחוש שיתירא לקנות בזול כיון דמוזיל שכיחא קונים הרבה וממון כממון אבל אין אשה כאשה והוא רוצה בזאת ומרצה קידושיה ואם הגנב לא יחויב להחזיר לה רק פרוטה תחוש מלהתקדש כשאין רצונה להתקדש רק בכל הכלי דהרי לא קידשה בש"פ אבל המוחל דמשלם מדד"ג א"ל לשלם רק ההיזק עפ"י שומא בכמה מתקדשין כמה נשים.

ע"כ הב"ש לפ"ד רמ"א דמתקדש במעמ"ש אינה מקודשת מדאורייתא רק מדרבנן כיון דאינו רק קנין דרבנן למה כאן מקודשת דאורייתא הא אין הגנב צריך להחזיר לה דמי החפץ רק מדרבנן וכיון דלהרמב"ם צריך מד"ת להחזיר הדמים לגנב אף אחר יאוש וש"ר רק מתק"ה פטורה להחזיר יהא רק קידושי דרבנן ונראה לפימ"ש בג"פ סימן ק"כ סק"ה דהפקר ב"ד הפקר שיצא הממון מרשות בעלים וחשוב הפקר אבל עדיין לא זכה אידך מדאורייתא עד שיבא לידו ויזכה בו עיי"ש לכן במעמ"ש דלא בא החוב עדיין לידה אינו רק קידושי דרבנן משא"כ הכא דהממון בידה ומתק"ה פטורה להחזיר לגנב כיון דהפקירו רבנן ממילא זכתה במה שבידה ומדאורייתא' שלה היא.

עו"ב הב"ש דבזה"ז דגם ביאוש וש"ר צריך להחזיר החפץ מ"מ מדאורייתא קנתה החפץ ודמי החפץ צריך הנגזל ליתן לה כשלא ידעה שהוא גזול מתק"ה והוי קידושי דאורייתא ולע"ד כמו בתק"ח הפקר ב"ד הפקר להפקיע ממונו והא חשוב דאורייתא ה"נ מכ"ש דהפקרו הפקר שלא יוכל לזכות בו כלל דמכורה כבר יולאה איכה מכורה כ"ש שלא יקנה א"כ מדאורייתא לא קנתה החפץ ומה שצריך הנגזל ליתן לה דמי החפץ מתק"ה עדיין לא בא לידה והוי כמעמ"ש דלרמ"א ל"ה רק קידושי דרבנן.

ולפימ"ש לעיל דרק כשהיא מוחזקת בממון יכולה שתאמר לא הייתי מתקדשת רק בדמי כל החפץ א"כ דהחפץ ע"כ לריכה להחזיר ואכו דנין רק על הממון כמה צריך הנגזל ליתן לה ואז א"ל ליתן לה רק פרוטה והיא נתקדשה על דעת כל החפץ וא"כ אם שוה החפץ יותר מפרוטה איכה מקודשת כלל.

עו"ב הב"ש דאם אמרה לא ניחא לי להתקדש בגזל הוי ס"ק ונראה ראיה לדבריו ממ"ש תוספת בתמורה דף ו' א"ו בד"ה מא"ה ובב"מ קע"ו ב' בסד"ה וחייב דטעמא דאביי דא"ל לאהדורי אף דס"ל אע"ג כיון שהיה שוגג שאם היה יודע שהוא אסור לא היה חובלו וה"ל זכיה בטעות וחוזרת ובעלמא דקנו ביאוש וש"ר ל"ל כשנודע לו לא אמר דלא ניחא ליה באיסורא ובטוח"מ סימן קכ"ד סל"ח בשם גאון דמה שטען שלא ידע שהיה לו למחות לא מהימכינן לו ועוד אפילו לא ידע מחילה בטעות כי האי דלא מוכחא מלתא דבטעות הוא הויא מחילה ובפרישה שם פירש ועוד אפילו ידעינן בודאי שלא היה יודע שיכול למחות אפ"ה הוי מחילה כיון דלא ידעינן בבירור שאם היה יודע שיכול למחות שהיה מוחה מש"ה לא מיקרי מחילה בטעות עכ"ל ועיין סמ"ע סימן רמ"א סק"י ובפ"ת שם והנה טעם ראשון של הגאון דלא מהימכינן לו לא שייך כאן לפימ"ש הרא"ש שילהי נדרים דחזקה אין אשה מקלקלת את עלמה להפקיע עלמה ומתחת בעלה בלא גט ולישב באיסור א"א כל ימיה וכאן עדיף דמקייעה חזקה פנויה א"ל שכאמר מחמת חומרא דא"א לא מהימכה ויותר נכון משום סברת הגאון דמחילה בטעות דלא מוכחא מלתא הוי מחילה אפילו ידעינן דלא ידע ה"כ לא הוה קידושי טעות ומשום דאפשר אפילו היה יודע לא היה מקפיד והא כראה בטעמא דר' יהודא בקידשה בקדשים מקודשת בשוגג וגם כאן הב"ש לא חשש בקתמא ומה שכתב אם אמרה לא ניחא לי די"ל לפי מה דקי"ל דהוי פלוגתא וספ"ד אם יש ברירה ה"כ אם אמרינן ברירה י"ל הוברר הדבר למפרע אלו ידעה לא היתה רולה כמו דלא ניחא לה השתא ואם אמרינן ברירה למפרע הוי כמוכחא מלתא למפרע כיון דחזקה לא מקלקלת א"ע אבל אם אין ברירה למפרע לא השוב מוכחא מלתא כהי דמהימכא דלא ניחא לה באיסורא אף בשוגג מ"מ דעתו של אדם איכו שוה בכל זמן גם בלדקת ורשעת ותלוי בברירה ועתוס' בר"פ השולח בסד"ה מ"ד ואביי דלעיל דאמר ז"ל אהדר או דס"ל י"ב או דגם בא"י אם גזלתי חייב ללא"ם וה"כ הכא כיון דברירה הוי ספ"ד ועוד כיון דיש לאו דלא יחבול וא"י לא זכה בו מעכבו מהשתא הוא דחובלו והוי ספק איסור דאורייתא דלא אמרינן ספק ממון לקולא רק בספק גזל לא כשים בו איסור אחר כדמוכח מדעת רמב"ן ורשב"א שברי"ן פ"ק דנדרים דף ז' ע"ן בהא דבעיא אי יש יד ללדקה ועיין כה"מ

בדיני תפיסה ס"ב והא דקי"ל כר"י דקידשה בשוגג בהקדש דמקודשת צ"ל דמיירי בסתמא ולא אמרה אח"כ דלא ניחא לה או משום דבזה"כ דיש מעילה בהקדש בשוגג ע"כ דמתחלל בשוגג בשינוי רשות וכמ"ש בפנ"י בקידושין דף כ"ג ע"ב בד"ה ולא ידענא.

אמנם בתירוץ קושית הב"ש לרמב"ם דביאוש וש"ר צריך הלוקח להחזיר המעות לנגזל ובש"ס דחטף זוזי ושדי לה דלר"ם דסתם גזלה יאוש בעלים מקודשת והא לריכה להחזיר המעות וגם קשה הלשון ברמב"ם וש"ע דכתבו ונודע שקנה ביאוש דהל"ל דנודע שנתייאש ולא ל"ל כלל אם נתייאש וגם הרמ"א שכתב דביאוש בלא ש"ר מקודשת מדרבנן הא יש ש"ר בידה והנלק אמחבר והנ"ל וי"א נ"ל לפימ"ש כה"מ בסימן שס"א ס"ה היכא דראה אכם בא מיד ומתייאש וכשבא ליד האכם זוכה בו כמו מלא אבדה אחר יאוש אלא דמים צריך לשלם לנגזל משום דגרם לו שיתייאש עיי"ש ואומר אני יותר מזה דאם סתם גזלה יאוש בעלים מתייאש תכף כשחטפו הגזלן ועדיין לא קנה הגזלן הגזלה עד שהגביהו ג"ע או טפח לכל מר כדאית לו בחו"מ או לכל הפחות עלטלו ממקום למקום עיין מסכה בב"ב דף פ"ד ע"ב ופירשב"ם שם וביאור הגר"א חו"מ סימן קל"ח ודעת רש"י בפרק ג' דכתובות דף ל"א דמה שכטלו בידו הגנבה איכו קיכה לגנב להתחייב באחריות ושיהא חשוב בא לרשותו עד שיגביהם ג"ע ומג"ש ופ"י שם תולו כל קושית התוספת ומעל רש"י וכן כתב המג"ד בסימן שס"ו סק"ו דידו איכו קונה העירוב אפילו באויר עד שיגביה עכ"פ טפח ולפ"ז כשחטף הגזלן הזוזי לידו עדיין לא קנה הגזלן והבעלים מתייאשים מיד וא"כ כשהגביהם הגזלן או הוגבהו מכחו כששדי לה וטלטלם קנה הגזלן אותם זוזי כאבדה אחר יאוש רק מדד"ג חייב נכיסו לנגזל ולכן לר"ם דסתם גזלה יאוש בעלים דאזי סתמא מיד כשחטף נתייאשו בעלים ומקודשת והאשה א"ל להחזיר הדמים דמה דלוקח צריך להחזיר הדמים היינו כשלא קנה הגזלן ביאוש לבד רק קנהו הלוקח בש"ר ונגמר הגזלה על ידו משא"כ הכא שהגזלן קנה גוף הגזלה לגמרי טרם שנתנו להאשה ואם נאמר כששדי לה הגזלן הזוזי לא קנה הגזלן דלא הגביה או לנו"ד הוגבה מכחו לא מהני עיין חו"מ סימן קל"ה מ"מ י"ל דעכ"פ בא ליד האשה אחר יאוש בעלים וזכתה בהם כאבדה אחר יאוש דא"ל להחזיר כלום לנגזל ומקודשת בהכאה שהוליא לה הזוזי אף דאיכם שלו ומשא"כ כשקנה הגזלן להתחייב באחריות ובהשבה דע"י ש"ר נגמר הגזלה לכך חייבת להחזיר הדמים לנגזל והנה זה לר"ם דסתם גזלה יאוש בעלים כיון שהוא גבר אלם א"כ מתייאש הנגזל טרם שעשה הגזלן קנין הגבהה אך לדידן ליכא יאוש עד ששמענו דנתייאש לכן ההנה הרמב"ם דכודע שקנה ביאוש דהיינו שנתייאש בפירש טרם שהגביהו הגזלן להגזלה דאזי כשהגביהו או נתנו בכליו או הוליאו לביתו ולקיימא קנהו לגמרי וגם בגנבה מוכחת לה לפ"ד דב אחא ורב אשי בפרק ג' דכתובות דף ל"א ע"ב דגנב שהוליא מרשות בעלים לר"ה עדיין לא קנה שיתחייב בהשבה ותשלומין כ"ז שלא הגביה הגנבה וכ"פ הטור חו"מ סימן שכ"א וע' סמ"ע שם ועוד מוכחת כשגנבו והטמינו ברשות בעלים ולא הוליאו ולא הגביה עדיין וכמ"ש ברמב"ם פ"ב מהלכות גנבה הט"ו והבעלים חפשו החפץ ונתייאשו אחר שלא מלאו וא"כ הוליא הגנב לרשותו דאזי קנה גוף החפץ לגמרי אחר יאוש ולכן שפיר

כתב דמ"מ קדשה בגזל אחר יאוש לבד א"מ רק מדרבנן דהיינו כשהיה היאוש אחר שהגביה הגזלן או הוליאו לרשותו ומשום דאז חייבת האשה להחזיר הדמים לרמב"ם או דלא ס"ל כסברת הס"מ דעי' ש"ך קונה גם המקדש דלא ס"ל שיצואו כאחד ש"ך וקנין הגזלן או משום דבאיסורא בא ליד הגזלן ונתחייב בהשבה תו א"א לו לקנות הגזלה כלל ובמה שהמליאו לידה דבר שאינו שלו אינה מקודשת כיון שלא פירש דמקדשה רק בהנאה זו וא"ש הכל.

ובזה מתורץ קושיות התוספת ר"פ לולב הגזול דאר"י בשם רשב"י דכתיב והבאתים את הגזול ואת הפסח גזול דומיא דפסח כ"ש לפני יאוש ל"ש לאחר יאוש והא קנייה ביאוש והקשו תוס' הא ר"י ס"ל יאוש אינו קונה דלהכי אר"י בב"ק דף ס"ח דתשלומי דו"ה בין לפני יאוש בין לאחר יאוש ולפימ"ש א"ש דשא"ה דהיאוש אחר שבא הגנבה לרשות הגנב לא קנה לגמרי שיהא שלו עובה משא"כ כאן דאמר בשם ר"ב דקתם גזלה יאוש בעלים והיאוב בתחלת הגזלה טרם שזכה בו הגזלן כשהוליאו לרשותו ועוד דומיא דפסח דבכל גוני פסול והא כשלא עשה קנין הגנבה או משיכה עד אחר יאוש קנייה ביאוש.

הג"ה אחר יאוש לבד כבר כתבתי לעיל לתרץ דאינו סותר דברי המחבר ועוד י"ל בפשוט דלא קידשה בגוף הגזלה להיות שלה רק בהנאת קישוט ושימוש דב"פ וכיון דלא נתן לה גוף הגזלה לחלוטין ליכא ש"ך ולא נתן לה הגזלן שלו וס"ל לרמ"א דכל שאין הכסף שלו אף דהמליא לה הנאה בשל אחר א"מ וא"כ ונלאתי שכ"כ קה"י הובא בפ"ת.

ב"ש סק"ו דגזל אחר יאוש אע"ג דזוכה מדרבנן מ"מ מדאורייתא לריך להחזיר אם כן מקדש אותה בדבר שאינו שלו ומשא"כ במעמ"ש עכ"ל ואינו מובן דמע"ש ג"כ מדאורייתא אינו שלו ונראה עפימ"ש בעפרא דארעא אות ס"ה דהיכא דלא באו חכמים לסתור ד"ת אלא שהוסיפו ותקנו הקנאה מחודשת אזי אלמוה כד"ת אבל היכא דבאו לסתור ד"ת לא אלמוה כדאורייתא א"ד ויש ליתן הבנין לזה עפימ"ב במג"ד סימן תקפ"ח סק"ד דעושין סייג לד"ת ולא לעבור עד"ת היינו שלא לעבור לגמרי ולכן היכא דתקנו לסתור ד"ת הניחו שיור לד"ת לכן אחר יאוש דמה"ת חייב להחזיר הניחו שיור שלא יהא שלו וממש משא"כ ומעמ"ש דהוא קנין חדש שהוסיפו זה לא"ה עקירת ד"ת אף אם יהא שלו ממש.

והח"ב . ומפרש דין זה דקדשה בגזל דידה אחר יאוש ושב"ש וילע"ע דהא פרש"י בב"ק דף ס"ו דלרבה דקני מדרבנן מפני תקנת השבים שלא יהא לריך לחזור ולטרוח אחר הגזלה עלמה א"כ כשבא הגזלה עלמה לידה דלא שייך טעם זה למה לא תוכל לומר דידי שקלי ובש"ך חו"מ סימן שכ"ו סק"ד כתב דאם בא דבר הנגנב ליד בעלים ל"ש תקנת השוק אף דלקחו זה טרם שבא ליד בעלים עיי"ש כ"ש כאן דל"ש כלל הטעם וגם משום לא פלוג הל"ל דלא העמידו דבריהם כנגד ד"ת כמ"ש בא"ח לפרמ"ג בא"ח ס"י קכ"ח סק"ל עיי"ש וכאן יש בזה איסור גזל ול"ל שאני ממון דהפקר ב"ד הפקר ומזה ראיה למ"ש כה"מ ס"י שכ"ו בש דהש"ך כמי לא אמר רק אם קנה בק"ש ולא בא עדיין ליד לוקח ולכן כאן דאחר יאוש היה ביד הגזלן וקנהו מתק"ח תו לא פקע אף דאח"כ בא ליד בעלים.

ס"ג בהג"ה וא"י לומר לפרעון קבלתיו בקו"א המקנה הכיח ד"ז בל"ע כיון דקי"ל בחו"מ סימן פ"ג היכא די"ל שתי חובות אפילו אמר הלוה בפירש בשביל חוב אחד והמלוה קיבל בשתיקה י"ל בשביל חוב שאחר קבלתי ומה ששתקתי כדי להוליא ממך וכן משמע שם סימן פ"ה ואפילו כתן לו המעות בשביל קנין שדה יכול לגבות בשביל פרעון א"כ מכ"ל היכא דהיא אומרת בפירש שכונתה היתה בשביל המעות ולא לקידושין דלא להימנה לעשות אפילו ס"ק את"ד ואיסתמיטתיה המבואר בחו"מ סימן ק"ל ס"ו וסימן ד"ר ס"א כשמלוה אמר ללוה דבר זה אמכור לך במנה ונתן לו מנה א"ל מנה זו אני גובה בחובי אלא המכר מכור עיי"ש אך אי קשיא הא קשיא דבשלמא הך דסימן ק"ל וסימן ד"ר אמר המלוה בפירש אמכור לך לכן א"ל דעתי היה רק לגבות חובי לבטל הקנין לסתור דברי פיו דדברים שבלב אין דברים משא"כ הכא דהאשה לא אמרה כלום רק בתקה אימר יכולה לתרלה שתיקותה וכן מחלק בחו"מ סימן פ' ס"א ובש"ך שם סק"ח ואף דהכא עבדה מעשה שקבלה הקידושין מ"מ אינה סותרת המעשה והשתיקה דקיבלה בשביל חוב אך כבר כתבתי בערך ש"י על חו"מ סימן פ"ה וכ"כ בקו"א סימן ק"ל דמבואר ברשב"א דקידושין שאני דחזקת כל הנשים רולית להתקדש עיי"ש ולי נראה להוסיף דא"ל דרולה להתקדש לא היתה שותקת דתולא לעז על עלמה שנתקדשה לזה וימנעו אחרים מליבא אותה ואם תנשא יהא עליה לעז.

ס"ד נתן לה פקדון בפו"ת שיצא ליון סימן ס"ע כתב דאם נתן לה בסתם וקבלתה בהס ותכ"ד א"ל האו"ל אף דבקידושין תכ"ד לאו כד"ד הייני כשחזר בו משא"כ הכא אהני גילוי דעתו בתחלה נתכוין לקידושין והאשה כיון דשתקה ולא השליכה הקידושין ש"מ דניחא לה כיון דלא פירש לשם פקדון ל"ל דירלה שתתחייב באחריות והוי כ"ק לפוסקים כר"ה ברדר"י עיי"ש וא"ל עליו מהריב"ש סימן ק"ע הובא בד"מ כאן דשתיקה דלאחר מתן מעות אפילו תכ"ד ל"מ דמפורש בריב"ש דהיינו להפוסקים כרבא ורב אחאי דלא מחלקי בין פקדון למלוה ונראה ראיה להש"ל מתוספת במרובה ע"ג ב' שבאתיו לעיל סימן כ"ז בד"ה ובקו"א דאפילו למ"ד תכ"ד לאו כד"ד מ"מ יכול לפרש דבריו תכ"ד ועיי"ש לידדתו דהיכא דנתן סתם נאמן לפרש גם לאחר כד"ד מה היה כונתו תחלה אמנם מרשד"ס חא"ע סימן י"א נראה בנתן לה סתם ואחר שבא לידה אמר האמ"ל הוי כפירש תחלה שנותן לשם פקדון דאלת"ה מה מייתי מהטור כאן סימן כ"ח דשתיקה דלאחר מתן מעות לאו כלום הוא אך אין ממש ראיה דלא ע"ז סמך דהיה שם עוד כמה טענים תדע דהא היה שם הבחשת תרי ותרי אם אמר האמ"ל לאחר מת"מ או בשעת מת"מ וקי"ל תרי ותרי לריכה גט וכן תמה בעל"א אע"כ משום דבלא"ה היה שם כמה ספקות.

ס"ה א"ל התקדשי לי בחפץ זה בפרש"י פ"ק דקידושין דף י"ג הקשה אפילו למאי דפריך ד"א אטו כולהו כסי דינא גמירי מ"מ מידי ספיקא לא נפקא דלמא איתא לה דינא גמירא ודלא שדתינהו מקמאו לקידושין נתכונה ואמאי לא חיים כלל ותירץ משום דבעידי קידושין בעינן דבר ברור להוליאה מחזקת פנויה ובעלמא כששתקה ברור לעדים דכהודאה דמיא משא"כ הכא ליכא הוכחה די"ל מה דשתקה משום דלא אכפת לה אלא קשה מהא דלעיל סימן כ"ז

דהנהו

דהכהו ליסנא דמסתפקי בגמרא אי הוי לשון קידושין וכן בנתן בשתיקה כתב שם שאם אומרת שנתכוונה לקידושין הוי ס"ק א"כ תיקשי הא' דהכא שאין קידושין כלל את"ד והנה מזה דהוה ס"ק בהכהו ליסנא דמסתפקי בגמרא י"ל בשלמא הכא הוי דברים שבלב כל שאין הוכחה שנתכוונה לקידושין כיון דשתקה רק בעלמא דהוי הוכחה מועיל דברים שבלב וכמ"ש רע"ב פ"ג דנדרים מ"א ומ"ג משא"כ בליסני דמסתפקי בגמרא אין הספק רק הלשון אם מועיל וכן בנתן בשתיקה כבר כתבתי שם משום דסתמא לאו למתנה נתכוין אהכי הודאתה אך בהגהת רמ"א שם ס"ג כתב י"א אף דלשונות אלו ל"מ א"ל דבר עמה מע"ק ומ"מ אם היא אומרת שקיבלה לשם קידושין הוי ס"ק וי"ל דזה ל"ה דברים שבלב אלא לפרש דברים שאמר וכעין הא דשבועות דף כ"ו ע"ב דגמר בלבו להוציא פת חטין ואמר פת סתם דל"ה דברים שבלב.

ויותר נראה דמסתמא אמרינן כיון שקיבלה מעות בכדי לא עביד וכעין דאיתא בחו"מ סי' מ"ב ס"ע היכא דמספ"ל בלשון השטר אם יתבטל השטר לגמרי אמרינן יד בעהש"ט על עליונה ועיין בחידושי רע"ק על יו"ד סי"ס ס"כ וז"ל בפרישה כתב יש להסתפק בזה"ז שרוב המוכרים בכור אין מקבלים מעו"כ רק מעות ואין מדקדקים להקנות המקום אם י"ל בזה כל המקבל מעות אדעתא דרבנן מקנה ודעתו ג"כ אמקום כדאמרינן בא"ע סימן כ"ח גבי משא"ל חפץ נקדש בו אשה עכ"ל הפרישה ולע"ד יש להביא ראיה מלעיל סימן רל"ד סט"ו עכ"ל חידושי רע"ק ובסימן רל"ד כתב דהיכא דמלוה עושה אמרינן מסתמא אדעתא דרבנן מקנה והגם דלענין קידושי אשה י"ל לא אלים ההוא אומדנא כיון דלריך שני עדים דילפינן דבר דבר ממתון דמה"ט לא מהני ס"ס או רוב או מגו כדאיתא בחו"ד בכללי ס"ס ובבית יעקב על כתובות דף כ"ג מ"מ ע"י הודאתה אנן סהדי וכמ"ש מהרש"א ר"פ שור שנגח את הפרה לענין מודה בקנס דאם יש אומדנא זולת הודאתו חייב בקנס דאנן סהדי עיי"ש ובמשא"ל טבעת לקדש אף דליכא הודאה מ"מ סמכינן אאומדנא משום דאין בגוף הקידושין רק אם חפץ זה של המקדש והאי נקדש בו דהוי רק גילוי מלתא כמו באשתמודעינא דאהוה דניתנא הוא דא"ל שני עדים ועיין תו"ג ר"ש גיטין ונה"מ סימן כ"ה סי"א סק"ז ולכן אם נתן בשתיקה והודו דנתכוונו לשם קידושין כיון דסתמא לא למתנה נתן מהני הודאתם דל"ה דברים שבלב כיון דיש אומדנא לכן אם אמר ליסני דלא מהני כיון דסתמא כשקבלה המעות נתכונה שיהא אדעתא דרבנן באופן המועיל אהכי הודאה משא"כ הכא דבשעת מתן מעות דלא היה ש"פ לא מועיל כלום ושתיקה דלאחר מתן מעות דלא עבדה מעשה וי"ל דאיכא רולה בקידושין וליכא אומדנא הוי דברים שבלב אפילו תודה אח"כ שנתכוונה לקידושין ע"כ אפילו ס"ק לא הוי להפוסקים כרבא ור"א. והא דחו"מ סימן מ"ב ס"ע דאהכי סברא דבכדי לא עביד שטר להוליא ממון שא"ה דטרח טובא לכתוב שטר ועוד שטר עדיף דל"ה מוליא דכהי דל"ה כגבוי לב"ה מ"מ מוליא ג"כ ל"ה וכמ"ש בנתיבות בדיני תפיסה ס"ק כ"ד לענין ס"ס בשטר עיי"ש בביאור.

אך ק"ל לפימ"ש בשו"ת הרשב"א סימן אלף רכ"ז והובא בהג"ה לעיל ס"ג כשאמר לה כנסי סלע זו שתמא ותזר ואמר התקדשי לי בו אעפ"י שחייב לה ג"כ וסגיא ז"פ מקודשת וא"ל לפרעון קבלתיו וביאר בשו"ת שם ובח"ר פ"ק דקידושין דף י"ג דשתם אשה ניחא לה להתקדש מדר"ל דטב למיתב ט"ד ולכן אפילו חזרה ואמרה דידי שקלה איכה כאומנת דסמכינן אחזקה זו ורליה מדתני כנסי סלע זו שא"ה לך ולא אשמיעונן בא"ל סתם כנסי סלע זו וחייב לה דאיכה מקודשת ונדע כ"ש כשאמר שאני חייב לה עיי"ש וא"כ ל"מ דקשיא בהא דקניף זה דאפילו המחמירים לא אמרו רק דספק מקודשת דכיוא חזקה ניחא לה להתקדש אלא דקשיא גם בהא דס"ד בנתן לה תחלה לפקדון ואחר מתן מעות א"ל שתתקדש לו כיוא דסתמא ניחא להתקדש ולולא טעמו של רשב"א י"ל בשלמא כשקיבלה דעשתה מעשה א"ל לפרעון חובי קבלתי דעל מעשה ל"מ אמתלא כמ"ש רשב"א גופא בתש"ה והובא ביו"ד סימן קפ"ה משא"כ לאחר מתן מעות דלא עבדה כלום כאמנת לומר שתקתי משום דמה אכפת לי בדיבורו ועיין תוה"ש סימן קפ"ה דאפילו לא היה אפשר לה בלתי מעשה מ"מ ל"מ אמתלא אבל לטעם הרשב"א דחזקה ניחא לה להתקדש קשה ול"ל כהי דחזקה ניחא לה אין זה מספיק היכא דלריך דבר ברור בשני עדים להוליאה מחזקת פנויה וכמו רוב או מגו או ס"ס לא מהני אך בשעת מתן מעות דעבדה מעשה דלא מועיל אמתלא בעלמא כהי דלשוייה א"א ג"כ לא מועיל דג"כ איכה רק אומדנא מ"מ כבר אתרע חזקתה ובלירוף שניהם מהני.

ה"ן ס"מ כתב הב"ש ס"ק ה' משום דאמרינן א"ל ניחא לה למה לא זרקה הקידושין אבל משום הספק שמא החפץ ש"פ במדי אין לחוש דהא הזר מוה שרלה תחלה לקדשה בהחפץ שאינו ש"פ כ"כ הרא"ש ותמהו. הא אפילו תכ"ד א"י להזור בקידושין וכ"ל דבחולין ל"ט ע"ב פליגי רבנן ורשב"ג בשתק ולבסוף לוה אי הוכיח סע"ת וק"ל לרבנן נדבתק תחלה כתרלה והאי דלוה אח"כ הדר בו ובפ"ק דב"מ דף וא"ו בעי ר"ז בתקפה אחד בפניו ושתק ולבסוף לוה אי אמרינן הוכיח סע"ת וכתבו תוספת בחולין משום דבתקפה יש טעם על שתיקתו דסבר הא חזי ליה רבנן לפיכך מבעיא גם לרבנן ופסק הרא"ש בב"מ דלא כפשט והוי ספק וא"כ ה"נ ד"י"ל דטעה וכסבור דש"פ כאן עד שאמרו לו דאינו ש"פ לכן כשהזר ואמר התקדשי בזוזי דא"ת בה הוי ספק אם הוכיח סב"ת דטעה ואולי ידע דאינו ש"פ כאן לא היה מקדשה בזה אף להרא"ש דבפלוגתא דרשב"ג פסק כרבנן כדאיתא בטוחו"מ סימן רנ"ה וא"כ אין לחוש שמא ש"פ במדי דהוה. כ"ס ואפילו יתברר שבמק"א שוה פרוטה מ"מ כאן דאינו ש"פ איכה מקודשת רק מדרבנן משוב ספיקא וכמ"ש הרא"ש סימן י"ז שם א"כ הוי כאן ס"ס ועדיף משא"ר ס"ס דהוי ג"כ רק ספק דרבנן שמא הוכיח סע"ת דבטעות היה וכמב"ס ב"פ מס"א הכ"ה שכתב דהוי ס"ק דשמא ב"פ במ"א כרא"ה לפימ"ש הגאון בבשו"מ סימן קכ"ד סל"ה דמחילה בטעות דלא מוכחא מלתא דבטעות הוא הוי מחילה עיי"ש דמיירי אפילו זה המוחל מוחזק עכסיו ועיין פ"ת הו"מ סימן רמ"א סכ"פ בשו"ת רמ"א בפשרה בטעות ג"כ ולכן כיון דהוי בעיא אם הוכיח סע"ת הרי לא אמדוהו חכ"ל לודאי הוכחה ממילא חשוב לא מוכחא מלתא וגם ספק אינו והרא"ש כתי לא סגי ליה בטעם דחזר בו וכתב עוד דגם היא לא נתרלית להתקדש בפחות מש"פ דגרם דאמרה לו הא לא ש"פ והיא יכולה לחזור תכ"ד כמ"ש בשו"ת חכ"ל סימן קט"ו דהא דאמרינן דתכ"ד לאו כד"ד בקידושין הייכו

היינו לאחר שכבר נגמרו הקידושין בודאי כגון שאמרה הן או בא וקדשני ונתן לה קידושיה ושיא נטלתן וזרקתן או חזרה בו באמירה אזי גם תכ״ד א״י לחזור אבל בלא אמרה כלום אלא הוא אמר ונתן לה קידושיה וזרקתן מיד או אמרה לא בעינא אינה מקודשת דמעולם לא נתרצית בקידושין כלל אבל זרקתן לאחר כ״ד אמרינן כבר נתרצית ועכשיו מיהדר קהדרא בה וא״י לחזור דכל לאחר כ״ד הפסקה הוא וכבר נגמר הענין הראשון ועיי״ש וא״כ בשלמא הוא מה שחזר ואמר תתקדש בזה דאית בה היה לאחר כ״ד שאמרו לו העדים או הוא שאין שוה פרוטה ותליא בספק אי היכיח קע״ת וכמ״ש ומש״כ האשה אמרה לו תכ״ד לקידושיו והרמב״ם דגרס דאמרו לו והלא אינו שוה פרוטה לכן חיים דשוא ש״פ במדי.

ס״ן שנגנב אבל אם נתנה האשה הפקדון לשמור ביד אחרים להרשד״ס חא״ע סימן ע״ג מקודשת בה״ע ולדידי ל״ע דהא בשילהי ביצה דף מ״ס משמע דאין רשות הנפקד שאול למפקיד רק בייחד לו מקום עיי״ש פרש״י בד״ה שיחד לו קרן זוית דאושפיזא ביתא הלכך ברשות המפקיד הן ומהרי״ט ח״א סימן ס״ה כתב דאפילו בייחד לו מקום אין המקום קנוי למפקיד ובקצה״ח סימן קפ״ט הביא ראיה מר״פ בית ועליה מהא דקאמר שותפין לא קפדי אהדדי והוי חצרו של זה ושל זה כחצר של שניהן הרי דחצרו של נפקד קנוי למפקיד עיי״ש ויש לדחות דשאני שותפין דכל אחד משאיל רשותו לחברו י״ל אגב דלייתי אהדדי גמרי ומקני כדאמרינן בב״ב דף ק״ו ע״ב.

ונתיבות בפתיחה לסימן ר׳ ג״כ העלה דגם בייחד לו מקום אין הרשות קנוי למפקיד לקנות על ידו עיי״ש ועוד אאת״ל דרשותו של נפקד קנוי למפקיד י״ל דוקא למפקיד חפצו ע״י הנחת חפצו קונה המקום בחזקה זו אבל בנפקד שהפקיד אצל אחר קנוי המקום למפקיד ראשון דהוא בעל החפץ ונפקד ראשון רק כשלוחו וכדאיתא בפרק המפקיד דף ל״ו ובפרק השואל דף ל״ו ע״ב דקי״ל כר״י בשוכר בהמה והשאילה לאחר דהשואל הוי שומר של בעל הבהמה ולא של שוכר ומבואר באס״ז פרק המפקיד דף ל״ה ע״ב בשם תוספת שאנן דטעמא דר׳ יוסי דחשיב שוכר שלוחו של משכיר ומה התם דשוכר יש לו זכות בהבהמה לעשות בה מלאכה וזכותו השאיל מ״מ כיון דגוף הבהמה של משכיר הוי השוכר כשלוחו כ״ש בפקדון דאין לנפקד שום זכות בחפץ הנפקד וכן מבואר ברא״ש פ״ק דפסחים סוף ס״ד שכתב עיקר המומן של בעלים הוא וכיון שהשאילו הנפקד ביתו לשמירת ממונו קרינן ביה ביתו עכ״ל הרי דחשוב ביתו של בעל הממון שעיקר הממון שלו והגאונים שהובא ברא״ש שם ס״ל דלא חשוב רשות המפקיד אף דהממון שלו וגם להרא״ש אינו מוכח דחשוב ביתו לקנות על ידו רק לענין חיוב בעיר חשוב כמונח ברשותו ואפשר גם רשד״ס ס״ל דהכל הנפקד קנוי לבעל הממון אלא דס״ל כיון שנותן לה הממון ממוכה והלה באין כאחד אך לפימ״ש קצו״ח סימן ר׳ סק״ה נ״ל כן.

ובבכורות פרק שני דף ס״י ע״ב הכל מודים באחד שהפקיד אצל בעה״ב שהממע״ה והיינו דנפקד חשוב מוחזק עיי״ש ולדברי קצו״ח בהא דהבית ועליה דלהכי לא אמרינן דנחזי ברשות דמאן קיימי ויהא אידך המע״ה משום דשותפין משאילין חצרם זה לזה והוי כמונחים ברשות שניהם וה״ה בכל מפקיד הרשות קנוי לו א״כ בהא דבכורות למה חשוב הנפקד מוחזק אע״כ שאני שותפים דגמרי ומקני אהדדי ועיין בתוספת בבכורות שם בד״ה אקנויי קא מקני ליה מקום בחצרו וז״ל ואפילו בלא קנין קא קני דגמר ומשעבד נפשו וא״כ ה״נ י״ל בשותפין אגב דלייתי אהדדי ומשאילין זל״ז חצרם גמרי ומקני.

ומה שמדייק רשד״ס מדתני ומלאה שנגנב א״ל נשתייר ש״פ א״מ משמע אבל נתנה ביד אחר מקודשת כ״ל דנ״מ לדעת הרא״ם דמיירי דוקא בלא ידעה שכוס הפקדון סברה וקבלה להתקדש בש״פ א״כ כשנתנה הפקדון לאחר הרי יודעת ודעתה להתקדש בכל הפקדון וכיון דאינה זוכה בו ע״י רשות אחר אפילו נשתייר אללה ש״פ אינה מקודשת ולהכי לא תני רק נגנב דבזה יש חילוק בין נשתייר ש״פ אלא גם לרשב״א וריטב״א דגם בידעה שכוס הפקדון מקודשת בנשתייר ש״פ משום דדעת המקדש ודעתה להתקדש במה שיש מן הפקדון י״ל דוקא נגנב ונאבד דתו אין לו אללה רק מה שנשתייר והוא קדשה במה שיש לו אללה אבל כשקיים כל הפקדון רק הפקידה ביד אחר הרי יש לו בידה כל הפקדון דאף דנתנה לפקדון ביד אחר לא נפטרת בזה ועליה מוטל להחזיר ליד מפקיד וכדאיתא בחו״מ סימן רל״ג ס״ד ובפ״ק דגיטין דף י״ד ומה שאמר פקדון שיש לי בידך אינו דוקא שמונח בידה אלא מגיע לו ממנה וגם בידה חשוב כיון דנפקד שני לא כפפו בידה ליקחנו ממנו וא״כ קידשה בכל הפקדון וגם האשה דעתה לכך וכיון דלא זכתה במה שנפקד ברשות אחר דאין רשותו זוכה לה אינה מקודשת אפילו נשתייר אללה ש״פ עד שתקח לידה וא״ז גם בלא נשתייר ש״פ מעיקרא אללה מקודשת.

ס״ן היה לו מלוה אללה ברמב״ם פ״ה מה״א ה״ג כתב המקדש במלוה אפילו היתה בשטר א״ת כיל״ד כגון שהיה לו אללה חוב דינר וא״ל האמ״ל בדינר שיש לי אללך א״מ שהמלוה להוצאה ניתנה ואין כאן שום דבר קיים שכבר הוציאה אותו דינר ועברה הנאתו ומשמע דאם עדיין לא הוציאה מקודשת ומהרי״ט בחידושיו על הרי״ף תמלה ר״ל הטעם דכיון שנתרצית להתקדש בו דעתה להפקיע זכותה אלל זה וכה״ג אמרינן בהטף סלע מידה וקידשה בו ואמרה אין דמקודשת דמקנית לגביה כדי שתתקדש בו וא״כ דהה זה עיי״ש וביד המלך האריך בסברא זאת וכתב דודאי מהני סילוק וכי נתרצית להתקדש לו במלוה זו אין לך סילוק גדול ומה עיי״ש.

ולע״ד לא ניתן להאמר כיון דקי״ל דאין מלוה ברשות בעלים לחזרה ולוה קנה המעות במשיכה איך יועיל סילוק בדבר דגופו קנוי וכדאמרינן בקידושין פ״ק דף ט״ז ע״א ל״ל שטר כיומא ליה באפי תרי זיל ש״מ ע״ע גופו קנוי ולא סגי בדבור.

ובהו״מ סימן ש״ס ק״ח אם שלחה השואל ביד ע״כ תו״ז שאלתו חייב באונסיו אף דא״ל המשאיל שלא והרי כיון שנתרצו משאיל ושואל סילק עצמו מזכות שיש לו בו להשתמש ויהא ככלתה זמן שאלתה אע״כ כיון דבהמה השאולה קנוי לו ל״מ סילוק וכ״ש במלוה דהא שאלה הגוף של משאיל ואין לשואל בה רק זכות להשתמש כ״ש מעות מלוה דקנה לוה לעשות בה כרלונו ולהוליאה רק נתחייב לשלם והוא כקנה חפץ בהקפה לשלם למוכר מחירו חפץ או מעות דאף אם נתרצה לוקח לבעל המקח אינו בעל עד שיחזיר ויקנהו למוכר כדאיתא בחו״מ

סימן

סימן קפ״ט ועיין בחו״מ סימן קע״ו ס״ח בהג״ה.

ולכאורה י״ל לפמ״ש בנה״מ סימן סד״מ דלא בעי קנין לפרעון רק תיכף שנתרצה שהלוה במה שייחד הלוה לפרעון א״צ קנין חדש בשעת גוביינא דכשמייחד המעות לפרעון נעשה תיכף של המלוה תדע דהב״ד כשמוכרין לאחר להגבות להמלוה כ״ז שלא עשה הלוקח קנין לא נעשה שלו וכשמגבין למלוה גופא לא בעי קנין דהא אכיל פירי מכי שלמי אכרזתא וה״נ אם הלוה מגבהו מעצמו ובזה מיושב מ״ש הרמב״ם דמכר קונה במלוה משום דתיכף שמייחד דבר מיוחד לפרעון ונתרצה לו המלוה נקנה לו עיי״ש וא״כ ה״נ כשמעות המלוה בעין בידה ומלוה אומר לה התמ״ל במלוה שיש לי בידך ואמרה הן הרי נתרצית להתקדש אמרינן דמייחדת לו המעות לפרעון וקנה המעות בגביית חובו ומקודשת אך לפי הנראה נה״מ סותר א״ע ממ״ש בס״ס ק״כ דכ״ז שלא קנה המלוה המעות ל״ה פרעון כשאינו מסרב לקבלם רק כשמסרב לקבלם מטעם פרעון בע״כ הוי פרעון עיי״ש ובאמת נראה נהי דפרעון בע״כ הוי פרעון היינו דנפטר הלוה מחיובו אבל המלוה לא זכה במעות דאיך יזכה בע״כ ובלא שום קנין וא״ה מצאתי שכ״כ בחידושי רשב״א בגיטין דף ע״ד ומה שהביא תשה דמלוה אכיל פירי מכי שלמי יומי אכרזתא שאני גוביינא דב״ד דאלים ועיין נה״מ סימן ק״א בחלוקת שותפין בחובות בע״פ ע״י ב״ד דע״י שמוסרין הב״ד שטר החלוקה לכאו״א קונה אף דהם עצמם א״י להקנות דל״ז החוב בלא מעמ״ש ומשום דהפקר ב״ד הפקר אלים כאם וכן בחלוקת השותפין דכהגיע זמן חלוקה יכולים הב״ד לכוף לחלוק וכמ״ש בערך ש״י סימן ק״א מש״כ כשמוכרים הב״ד לאחר דלא קני הלוקח בלא קנין דמה להם לב״ד על הלוקח שיקנה ולא יוכל לחזור בו בלא קנין וממילא אין קנין להלאין וגם כשירצה הלוקח לעמוד במקחו לא קנה בלא קנין וכה״ג כתב הרא״ש בפרק השוכר את האומנין דף ע״ז ועיין בשו״ת מייתוכי לסדר שופטים סי׳ ע דכשהזקקו תחלה לדין ליכא למ״ד דפשרה צריכה קנין דב״ד אלימי לאפקועי ממונא וע״כ ל״פ התם אלא בפשרה דאינו דין וס״ל להחולקים דמה דנזקקו תחלה לדין ל״מ למה שקבלו הבע״ד אותם לפשר ועוד דפשר דמי לאסמכתא עיי״ש משא״כ גוביינא דב״ד דנזקקו לדין ועשו דין בין מלוה ולוה ולקוחות דאלימי ואל״ק אבל נגד מי שלקח הקרקע מהב״ד אין להם כח ב״ד לאפקועי ממוניה דלא דנו אותו ולא בא לדון לפניהם רק ליקח.

ופירש לשון הרמב״ם נ״ל דהתחלה כתב כגון שהיה לו חוב דינר אצלה דזה כולל בין עדיין לא הוציאה הדינר בין כבר הוציאה ובשלא הוציאה אמר הטעם שהמלוה להוצאה ניתנה אך תינח כשהמלוה בעין י״ל אין דעתה אהנאת מחילת המלוה רק אזוזי כמ״ש הר״ן והובא בב״י והזוזי כבר קנתה ולא יהיב לה מידי אך כשהוציאה הדינר ואינו כימא דעתה על הנאת מחילת המלוה לזה אמר הרמב״ם עוד טעם ואין כאן שום דבר קיים שכבר הוציאה אותו דינר ועברה הנאתו ולשיטתו אזיל דס״ל בדין ט״ו שם דאפילו פירש בהנאת מחילת מלוה אינה מקודשת זולת כשאחרה לה זמן בשעת הלואה ויש לזה הוכחה מקידושין דף מ״ז דא״ר המקדש במלוה לא״מ דמלוה להוצאה ניתנה כימא כתנאי המקדש במלוה לא״מ וי״א מקודשת מ״ל בהא קמפלגי דמ״ס מלוה להוצאה ניתנה ומ״ס מלוה לאו להוצאה ניתנה עכ״ל הש״ס דתמוה למה האריך במה פליגי הרי חזינן דפליגי במקדש במלוה אי מקודשת אע״כ משום דאפשר לומר במלוה כשעדיין בעין לכ״ע א״מ כיון דזוזי בעין דעתה אזוזי ורב נמי מדאמר טעמא דמלוה להוצאה ניתנה מיירי שעדיין לא הוציאה דאם כבר אכלתו הרי כבר ליתא ות״ק וי״א פליגי דליתא להמלוה / בזה ס״ל להי״א כיון דליתא ל״ל דעתה אזוזי ומקודשת בההוא הנאה דמחיל לה וכפרש״י שם בסמוך אהא דמלוה אעפ״י שלא נשתייר ש״פ מקודשת לכן לפלוג זה אמר מאי לאו דבמלוה אי להוצאה ניתנה ומשום דמסתבר לו יותר דאם כבר הוציאה לכ״ע אינה מקודשת כסברת הרמב״ם דאין כאן שום דבר קיים שכבר הוציאה אותו ועברה הנאתו ועוד הוכחה לזה דרב אמר בפ״ב דקידושין דף מ״ז המקדש במלוה א״מ מלוה להוצאה ניתנה ובפ״ק דל״ו ע״ב אמר אביי המקדש במלוה א״מ וקשה הא כבר אמרה רב ועוד רב מפרש הטעם דמלוה להוצאה ניתנה ואביי לא מפרש הטעם ולפמ״ש א״ש דרב קמ״ל כשהמלוה בעין ומשום דמלוה להוצאה ניתנה ועכשיו לאו כלום יהיב לה ועדיין אינו מבואר אם כבר הוציאה המעות דאימר כיון דאין המעות בעין דעתה על הנאת מחילת מלוה ומקודשת קמ״ל אביי דא״מ.

סי״א היה לו אצלה מלוה על המשכון כתב הטור בשם רמ״ה דוקא דמטי לידיה דמקדש בתורת משכון אבל א״ל מטי לידו בתורת משכון אע״ג דמדינא מלי למתפסיה אזוזי דכל כמה דלא גלי דעתיה דנקטיה בתורת משכון אינה מקודשת ובעל״א הקשה דהרא״ש פ״ק דקידושין ס״י הוכיח דמשכנו בשה״ה א״י לקדש בו מדאמרינן בפ״ב גבי עשה לי שירים דא״מ אף דממושכן אצלו בשכרו וא״כ לית לו סברת הרמ״ה ולמה הביא הטור דעת רמ״ה בלי חולק עוד הקשה ושאר אחרונים דמיד כתב הרא״ש אבל אם ה״ל משכון ממנה אפילו משכנה בשה״ה וקדשה בו מקודשת דזכות המשכון הוי כמחילת מלוה עיי״ש וסותר הרא״ש א״ע דבעשה לי שירים ג״כ הוי משכון דידה ונראה דבמשכון של אחרים כיון דבשה״ה ל״ק משכון כשמקדש בו אשה לא יהיב לה מידי כיון דאין לו בו קנין גם היא לא קנתה לא המשכון ולא המלוה משא״כ במשכון דידה אף דלא קנהו מ״מ יש לה הנאה מחודשת דיכולה להשתמש בו ולמוכרו כשהחזיר לה וכמ״ש הרמב״ם בפ״ה מה״א הי״ד אבל בעשה לי שירים כיון דלפעמים דרך אומן להחזיר קודם שמשלמין שכרו ולא גילה דעתו דתופסו אשכרו אין ידוע לעדים אם הגיע לה הנאה בהחזרת השירים דאפשר בלא״ה לא היה תופסו למשכון על שכרו ומה דמוחל לה השכר מקדש במלוה א״מ אך אם היה הדין דבמשכון של אחרים אף דמשכנו בשה״ה יכול לקדש משום דיש לו בו קנין אזי גם אם לא היה תופסו על שכרו מ״מ נותן לה כסף בעין כשמקדשה בו דהרי יש לו בו קנין ואין צריכין לבוא מכח ההנאה דש״פ ומ״ש הרא״ש אפילו לא החזיר לה המשכון מקודשת ה״ט כיון דמחל לה המלוה ממילא יוכרח להחזיר לה המשכון ויש לה הנאה מחודשת ממילא רא״ש נמי ס״ל כסברת רמ״ה ואינו סותר א״ע שו״ר במקנה קו״א פירש דברי הרא״ש כן אלא דהוא כתב דכל שלא גילה דעתו שתופס אותו לא מיקרי הנאה דסברה דבלא״ה לא היה תופס ולדידי הטעם דאין העדים

העדים יודעין והוי מקדש בלא עדים אפילו היא לא סברה שבלא"ה היה מחזיר לה וגם הוא אומר כך אח"כ ועיין מבי"ט ח"ג שאלה קמ"ח והובא בכנה"ג סימן זה דשמעון היה לו טבעת מופקד מכבר וא"ל שמעון בפני עדים בתך הרי את מקודשת לי בטבעת זה והסכים ראובן ואמר שהטבעת בחיקו והאמינו שמעון דאפילו ספק קידושין ליכא דלמא בשעת קידושין לא היה ברשותו שנאבד או נגנב או היה ברשות דהוי כמקדש בלא עדים והוכיח כן מסוגיא דשבועות סימן אלף קל"ו וסימן תש"פ וסימן תקס"ד וא"כ ה"נ אין העדים יודעים אם נתן לה כלום דהא השירים בלא"ה שלה ובמלוה אין מתקדשת ואין יודעים אם זולת הקידושין לא היה מחזיר לה עד שתשלם שכרו.

ע"כ הרא"ש שם ועוד מוכח לקמן דאף אם קדשה במלוה שיש עליה משכון בלא חזרת משכון מקודשת ועמד הק"כ למה סמך דין זה כאן ולא סמך עמ"ש לקמן סכ"ו ונראה משום דיש פלוגתא בחו"מ סימן רמ"א במחל ללוה המלוה ולא החזיר לו המשכון אם מהני המחילה וזה תליא דאם משכנו בשעה קונה משכון דהוי כגבוי לא מהני מחילה בדברים לבד כמו אמר ליתן חפץ במתנה לחברו דמחילה ל"מ רק במה שאין מוחזק בו ולכן כתב הרא"ש ועוד ראיה דבשעה איכו קונה משכון דהא מוכח לקמן אף דלא החזיר לה המשכון מקודשת וע"כ דהמחילה מהני וא"י לחזור וכמ"ש הב"ש כאן א"כ מוכח דאין למלוה שום קנין במשכון.

ולפימ"ש בש"ך חו"מ סימן ס"ו סכ"ג ס"ק ע"ד בשם בה"ע לחלק במוחל חוב ולא החזיר השטר דאם השטר מלוי בידו ל"ה מחילה מדלא החזירו יש הוכחה דלא מחל בכל לבו וכ"כ התומים בסימן י"ב ס"ח הובא שם בפ"ת א"כ ה"נ יש לחלק כן במשכון אף אם אין לו שום קנין במשכון ובאמת לא מוכח יותר מהא דא"ר אר"כ המקדש במלוה שיש עליה משכון מקודשת דמזה הוכיח הרא"ש דגם בלא החזיר המשכון די"ל דה"ד כשאין המשכון בידו וקתמא הכי הוא דאל"כ היה מחזיר לה המשכון.

ועב"ש דבחו"מ הביא רמ"א פלוגתא כשלא החזיר המשכון אם מהני המחילה ומכאן מוכח דמהני ואף דכאן כמי פליגי אם צריך החזרת המשכון י"ל דלאו משום דיכול לחזור בו אלא דהפוסקים דס"ל דצריך החזרת המשכון משום דבמלוה איכה מקודשת אלא בהחזרת המשכון יש לה הנאה מחודשת וכמ"ש המב"ס בפ"ה מה"א הי"ד וח"ר דף י"ע ונראה לפימ"ש דכל שלא החזיר המשכון ומלוי בידו יש הוכחה שלא גמר בכל לבו למחול א"כ לפימ"ש לעיל סימן כ"ז סעיף ד' דגם בקידושין ג"ד ל"מ הוא ה"כ לא מבטלין הקידושין ע"י הוכחה כיון דבפיו אמר דמקדשה במלוה ומוחל לה ולכן סתם כאן ולא חילק בין המשכון בידו ואף דיבא ס"ל ג"ד בגיטא מלתא והוא דאמר משמיה דר"כ דמקדש במלוה שיש עליה משכון מקודשת הייכו כשאין המשכון בידו.

ובר"אש שם כתב אם היה לו משכון ממנה אפילו משכנתו לו בשעת הלואה והחזיר לה המשכון וקידשה בו מקודשת דחזרת הך משכון הוי כמחילת מלוה ועוד מוכח לקמן דאף אם קדשה במלוה שיש עליה משכון בלא חזרת משכון מקודשת עכ"ל נראה דמחלק דאם אמר לה שתהא מקודשת לו בזה המשכון מקודשת רק אם החזיר לה המשכון אבל אם אמר שתהא מקודשת לו בהמלוה מקודשת אף שלא החזיר לה המשכון לכן אמר תחלה וקידשה בו ובסיפא אמר קידשה במלוה וכן יש לפרש כוונת קיצור פסקי הרא"ש ס"י וכוונת הטור וא"י למה לא הביא הש"ע דאם קידשה במשכון שלה שאמר לה הא"ל במשכון זה והחזיר לה המשכון דמקודשת אף שלא הזכיר מחילת המלוה.

ועב"ח דמ"ש הרא"ש אפילו לא החזיר לה המשכון משום דכשמחל לה המלוה חייב להחזיר לה המשכון וזה דלא כהג"ה בסימן רמ"א דמוחל החוב אף דהחוב מחול איכו חייב להחזיר המשכון אלא דאהכי המחילה שא"י לגבות חובו מהמשכון עיי"ש וי"ל דבזה פליגי הפוסקים כאן אם צריך שיחזיר לה המשכון אבל א"ל דתליא בפלוגתא הפוסקים שהובא במח"א הלכות קנין מעות ס"ה אם קנה איזה דבר וכתן שטר על המעות או קידש אשה וכתן שטר על כסף הקידושין אם הוי ככתן כסף בעין דשא"ה דהפוסקים דס"ל דל"ה ככסף בעין ס"ל דהוי כמקדש במלוה וכמ"ש הה"מ פ"ה מה"א הכ"ג בשם רמב"ן ורשב"א או בקידושין הטעם כמ"ש הר"ן דבעינן שיהא לגמרי הכסף אצלה ולא יהא אגיד גביה דבעל והובא במח"א שם וזה דוקא בדבר שאיכו בעין רק חיוב ושעבוד על הבעל וגם בהא דמכה א"כ משכון א"כ כמי גוף המשכון עדיין של בעל רק יש לה שעבוד עליו אבל בחפץ בעין כהכא במשכון שלה אם ע"י מחילת המלוה מחויב להחזיר לה המשכון הוי רק כפקדון אלל הבעל ולא אגיד גביה ואיכו חוב רק דבר בעין דבכ"מ שהוא הוא שלה והא דהביא ב"ש לקמן סימן כ"ט סק"ב בקדשה בטבעת ולא כתן לה הטבעת רק הקנה לה ע"י ק"ס שכתב הרס"ך דמקודשת והס"ג כתב בנתחייב לה מנה בק"ס איכה מקודשת נראה דל"פ דשאני בנתחייב לה מנה דמטבע אין נקנית בק"ס כדאיתא בחו"מ סימן ר"ג ואהכי הק"ס רק לחייב גופו במנה ושייך בו טעמים הנ"ל דחיוב הוי רק כמלוה או דעדיין אגיד גבי בעל אבל כשהקנה לה טבעת דקנתה גוף הטבעת הוי דבר בעין ולא אגיד גבי בעל כלל ולפ"ז מ"ש הב"ש בסימן כ"ט סק"י דטעמו של הס"ג משום דק"ס דומה לחליפין וטעמו של רס"ך משום דלא ס"ל טעמא דאגיד כ"ז איכו שו"ר בב"מ ריש סימן כ"ט שכתב כמ"ש אלא שבדעת הס"ג כתב משום דהוה חליפין ומשום דגרס ונותן לה קנין כדי להתקיים הקידושין והוא יתחייב לה המנה עיי"ש ובס"ג שבידי כתוב ונותן לו קנין ועי"כ יש ע"ס וי"ל ונותנת לו קנין דהייכו שע"י ק"ס שלה מתחייב לה מנה או נכון ג"כ הגרסא ונותן לו קנין דהסודר א"ל להיות של האשה כמו כל ק"ס דאחר נותן הסודר למתחייב וכן מלאתי בקו"א להמקנה לקמן סימן כ"ט סק"ו כמ"ש אך בתוס' רי"ד שמשם מקור דברי הס"ג הובא בא"ב"מ מבואר דהבעל נותן לה הסודר שתתקדש לו ומתחייב לה מנה.

סי"ב בהג"ה וי"א דוקא שלא בש"ה בעל"א הקשה מו"מ הריטב"א בס"פ האומנין דגבי קידושין כיון דכיתנה לו למגבי חובו וקיהיב לה ההוא משכון כיון דיכלה למגבי חובו חשבינן למלוה כאלו איתיה בעין וזה איכו תלוי בקניית משכון תדע דהא אפילו בשט"ח וכתב ומסר מקודשת אף דלא ש"פ כיון דיכלה למגבי חובו א"ל משום דמלי מחיל ולא סמכ"ד וא"כ למה דעת הרא"ש דבמשכון של אחרים ומשכנו בש"ה ל"מ והרי הוא קונה החוב ע"י מסירת משכון

משכון כדאיתא בחו"מ סימן ס"ו ס"ח וכן קשה אומאי דאמר בגמרא הבמ"ע במשכון דאחרים וכדרי"ל דבע"ח קונה משכון דמאי אריא משום דקונה משכון אפילו אינו קונה ואין לו שום זכיה בו מ"מ יכול לתפסו עד פרעון החוב וכן כשמוסרו לידה יכולה לעכבו עד שיפרע הלוה ואמאי לא תהא מקודשת לכן נ"ל דהאי קדשה במשכון דאחרים דקאמר בגמרא מיירי שאינו מקנה לה גוף החוב רק השאיר לעצמו עכ"ל ולא נ"ל דגברא אגברא קרמי דהריטב"א דמייתי ראיה מכומ"ש דשע"ח לשיטתיה דס"ל דזה קנין דאורייתא אבל הרא"ש ס"ל דכומ"ש רק תק"ח כמבואר בש"ך חו"מ ר"ס ס"ו ואין ללמוד מתקנה ומה שהקשה דהא יכולה לעכבו עד שיפרע החוב נ"ל לפימ"ש ריטב"א גופא בקידושין דף מ"ז ע"ב בנותן כלי לתשמישו שאין התשמיש יוצא מגופו כמו פירות מקרקע אינו נקנה במשיכה מדינא אלא דרבנן תקנו משיכה בשומרים עיי"ש וא"כ כיון דלהרא"ש אין להמלוה שום קנין במשכון שמשכנו בש"ה ל"מ בו משיכה. מה דמשכה האשה דהא מה דיכול המלוה לעכבו עד שיפרע חובו זה אינו פירות מגופו דלוה מסלקו בזוזי והמשכון רק גורם לממון דקי"ל לאו כממון דמי וכשאין הלוה פורע צריך גוביינא דב"ד כשאר מטלטלים שתי' הלוה והמשכון רק שלא יוכל להבריחו ועיין כה"מ סימן ס"ו סקי"ב דאין למלוה קנין במשכון לגוביינא שאם רוצה לגבות מהמשכון דמי לשאר שעבוד נכסים דצריך לתבוע גופו של לוה קודם ושעבוד הגוף א"י למכור במשיכת המשכון ואין הלוקח יכול לתבוע את הלוה לגבות הן ושאר נכסיו הן מהמשכון והלוה י"ל לו לאו בע"ד דידי את עיי"ש אלא דכה"מ ס"ל דעכ"פ יש למלוה קנין במשכון להחזיקו עד שיפרע חובו והכות זה יכול למכור במשיכה וכשמוחל החוב א"ל להחזיר המשכון אמנם להריטב"א ג"ז אינו דכיון דאין לו קנין בגוף המשכון לגבות ממנו חובו אין הפירות יוצאין מגופו ול"מ בו משיכה וכ"ש להרא"ש דכשמחל החוב צריך להחזיר המשכון וכמ"ש לעיל וא"כ כיון דל"מ משיכה ויכול המקדש לחזור בו לא נתן לה כלום וא"מ וא"כ דלפ"ז כשמסר המשכון ללוקח יכול המלוה למחול החוב וכמ"ש התומים בסימן ס"ו ס"ח במשכנו בש"ה.

ועוד ראיה של הריטב"א מקניית שט"ח אינו ראיה לפימ"ש בח"ר הובא בקצו"ח סימן ס"ו סכ"ג ס"ק כ"ז וכ"כ הנתיבות שם בס"ק ל"א דאף דהכייר של לוה דהוא נותן שכר הסופר מ"מ עדיף ממשכון שקנוי למלוה עד אחר הפרעון קנין גמור דל"ל שטר מקנה והוי כמתנה עמ"ל וכ"כ המקנה בקו"א כאן סוף ס"ז ובזה אזדא ראיית התומים שם ס"ק י"ד מהא דקאמר אין לכור ולכור עיי"ש ולפ"ז בחנס השיב על"א על תלבוש עיי"ש ומה שהקשה התומים שם דכאן הביא הרמ"א גם דעת הרא"ש דמשכון בש"ה א"י לקדש בו ובחו"מ סימן ס"י ס"ח וס"ל לא הביא דעת הרא"ש נ"ל פשוט כיון דלוקח מוחזק במשכון א"א להוציא מידו.

ואם מכרו המלוה לאחר עח"מ דהרמ"א זיכה שטרא לבי תרי וכ"ל דאף למ"ד הפקעת הלואתו מותר וגזל עכו"ם מותר או בפקדון דהוי רק עוסק מ"מ דוקא כשדעתו לגזלו וכמ"ש הב"ש כאן ובכה"מ סימן ע"ב סעיף מ"א כתב ג"כ הכי והוסיף דצריך שיגלה דעתו שרוצה לגזלו וא"כ בשלמא בקידשה במשכון אף אם לא הודיעה שממושכן אללו דבהכי מיירי כמ"ש בהגהת טו"ז מ"מ אין זה גזלה אללו אף דהאשה סברה דהוא שלו מ"מ לא נתנה לו כלום ואף דלדינא אינה מקודשת מטעם שכתב הרא"י דמנכרי ל"ק משכון או מטעם שכתב הב"ש דאין דעתה להתקדש רק בשלו ויכולה לומר דלא היה דעתה להתקדש אלא בשלו מ"מ ליכא בזה ג"ד דנתכוין לגזול מן העכו"ם דאטו כ"ע דינא גמירי ואפשר כסבור דאיתתא בכ"ד ניחא לה וכשיבא העכו"ם יוכרח לפרוע החוב וכיון דליכא ג"ד לא קנהו וא"מ אבל אם מכרו לאחר סתם מכירה לחלוטין וכמ"ש מהרי"ו כיון דמוכר ר"י לר"מ דעתיה הוי דליהוי מכירה גמורה ולוקח קונה אדעתא דהכי ונותן מעות ואם דעת המוכר שיודיע להנכרי ויוכרח הקונה להחזיר המשכון הרי גזל המעות מן הלוקח דלאו אדעתא דהכי נתן הלוקח המעות ורשע גזלה ישלם אף דמשלם חשוב רשע כדאיתא בפ' הכונס דף סנ"ד ע"ב ובחו"מ ר"ס שמ"ח וא"כ זה הוי ג"ד שמיכוין לגזול העכו"ם דקי"ל מגזלת ישראל ונכ"ש אי חשוב רק עוסק דבא בהתירא לידו לכן כשקידש הלוקח בו מקודשת.

ומ"מ לדינא ל"ע דאפילו למ"ד גזל עכו"ם מותר ומה"ת וכ"ש לדידן דפסקינן דאסור מה"ת אף דכתב בעל"א סימן זה סק"ד דמ"ע דוהשיב את הגזלה רק בגזל מישראל נאמר מ"מ הא כתב בספר יראים סימן קכ"ד אע"ג דגזל עכו"ם שרי מ"מ לא מיקרי לכם ואינו יו"ח באתרג מינים שבלולב והובא במג"א סימן רל"ז סק"ג וא"כ לא קנהו הישראל וגם לולא דברי היראים הא כתבו הוס' בע"ז דף נ"ב דאם משיכה במקח בעכו"ם ל"ק גם גזל לא קני כיון דבאיסור בא לידו וא"כ תליא בפלוגתת הפוסקים אי משיכה בעכו"ם קונה במקח הן עכו"ם מישראל הן ישראל מעכו"ם דגם בדיעבד הוי ספקא כמ"ש האחרונים שבש"ך יו"ד ס"ס ש"כ סק"ח אם לא שנאמר כהי דלא קנהו המקדש וגם האשה מ"מ למ"ד גזל העכו"ם שרי יכולה ליהנות מן המשכון והנאה ש"פ ועיין מה שאכתוב בסמוך.

ובנה"מ סימן שמ"ח כתב כיון דהאשה יכולה להשתמש בו אף דקידשה בדבר שאינה שלו להספר יראים מ"מ מקודשת במה שהמל"א לה דבר שיכולה ליהנות בו ומבמע מדבריו אף למ"ד גזל עכו"ם אסור כיון דאינו חייב בהשבה מותרת להשתמש בו ול"נ דכהי שאינו חייב בהשבה מ"מ כיון דלא זכה בה בכ"מ שהוא של גוי הוא ובשעה שמשתמש בו הוי גזלן ועיין כה"מ סימן ל"ד סקק"ה ובלוה הטעות שם.

אמנם לכאורה רמב"ן ורשב"א ורא"ה ור"ם שבאס"ז ספ"ק דכתובות שכתבו אהא דנגחיה תורא דידי' לתורא דידן דאם רוב גוים משלם כ"ש אף דאין הולכין בממון אחר הרוב משום דגוי לית ליה חזקת ממון ול"ל אוקי ממונא בחזקת מריה וכ"כ הה"מ פע"ו מהא"ב הכ"ו וכתב ריעו אלגזי בפ"ב דבכורות הטעם דס"ל דגזל גוי שרי א"כ כממון הפקר דמי דכל הרוצה ליטול נוטל עיי"ש ע"כ פליגי איראים דלדידיה דא"א לזכות בלא הסכמת הנכרי הרי דאינו הפקר ולמה לא יהא לו חזקת ממון ואם הפקר הוא למה לא יוכל ישראל לזכות בו בזוכה מהפקר אך להשוותם דל"פ נ"ל דדברי יראים צריכין טעם וגם מכליה הא דודאי הסברא כיון דהרי כהפקר הוא ויוכל לזכות בו אך איתא בפחז"ם דף כ"ד ע"ב ישראל שקנה שדה מגוי ונתן מעות ובא אחר והחזיק בו קנה השני דנכסי גוי כמדבר ומכי

ומכי כתב דמים איסתלק ורחשון לא קנה כיון דלא כתבו שטרא וקשה אם נכסי גוי כמדבר למה לי טעם דמכי לקח דמי איסתליק והרי גזלו שרי ושני נתכוין לקנות בחזקה ורחשון לא קנה כמ״ש תוסי׳ שם משום דרגילין לקנות מישראל ע״י שטר אבן סהדי דאין דעתו לקנות במעות בלא שטר אע״כ ל״ל דכ״ז דלא נסתלק הגוי לא קנה השני בחזקה משום דרפויי מרפי בידיי כדאיתא ׳ בב״ב דף קנ״ב דבכה״ג לא קנה מהפקר אף שמשך והחזיק וה״כ ירא שהגוי לא יניחנו בידו לכן ל״ל דאיסתליק תדע דהא לא איסתליק רק אדעתיה דראשון משום דכסבור דקנהו הראשון והרי לא קנה והוי הפקר בטעות וכדאמרינן בב״ק דף קט״ז ע״א אדעתיה דהאיי אפקריה אדעתיה דכ״ע לא אפקריה וכ״כ המג״א בסימן תמ״ח סק״ד דאדעתיה דעכו״ם שמכר לו החמץ אפקריה אדעתיה דכ״ע לא אפקריה ועוד למ״ל להקדים נכסי גוי הרי הן כמדבר ולא סגי ליה במה שאמר אח״כ דמכי מטי זוזי לידיה אסתליק ועוד דנכסי גוי הן כמדבר משמע בלא זוזי אף דלא אסתליק אע״כ ל״ל דטעמא דמכי מטי זוזי לידיה אסתליק לא סגי דאדעתא דקונה אסתליק לכן ל״ל דהרי הן כמדבר אף אם לא אסתליק דגזלו שרי אלא דהמחזיק אינו זוכה בו דרפוי מרפי בידיה דגוי לא יניחנו בידו לכן ל״ל דאסתליק וא״כ דברי ירא״ם מוכרחין אלא כ״ז בגזל ממנו דיודע העכו״ם מי הוא וקי״ל שתם גזלה לאו יאוש בעלים כדאיתא בקידושין דף כ״ב ע״ב אבל בגנבה מודה דזוכה הישראל ולפ״ז א״ש דברי הרמ״א כאן דבריטא דמלוה לא זכה במשכון כיון דגוי ידע היכן הוא ויכריחנו להחזיר לו אף דנתן המשכון לאשה מ״מ המקדש לא נתן לה משלו כלום ובתר נותן אזלינן וכמ״ש הריטב״א הובא בחב״מ סק״ד וכ״כ ביאור הגר״א כאן סק״ד שכ״ד הרמב״ם והרמ״א לכן איכה מקודשת ומש״כ בשיפא דמכרו לאחר דלוקח איכו ירא מהגוי דלא ידע דאצלו הוא ולאו בע״ד דידיה הוא וזוכה בו ועוד כיון דנתן דמים הרי הזינן דלא מרפי בידיי לכן כשקידשה הלוקח מקודשת ואפשר לומר טעמא דא״ת במה דמחליא לה הנאה זו דכמו במקדש במלוה א״ת אף דיש לה הנאת מחילת מלוה עד שיפרש האמ״ל בהנאת מחילת מלוה כדלעיל ס״י ה״כ כיון שאין החפץ שלו לריך לפרש בהנאה שמחליא לה.

סעיף י״ג היה לו חוב ביד אחרים בחידושי רמב״ן פרק הספינה דף ע״ז הקשה עמ״ש תוסי׳ דמכשט״ח וחזר ומחלו מחול משום דכותי״ם רק קנין דרבנן דא״כ בקידושין דמ״ח דאפלגו ר״מ ורבנן בקדשה בשט״ח דאחרים דרמ״א מקודשת דס״ל אף דיכול למחול שמכ״ד הא יכול למחול משום שאינו רק מדבריהם ולמה תהא מקודשת גמורה ותמהו האחרונים הא כ״מ ס״ל גם במע״ש דקידשה במעמ״ש מקודשת וזה מבואר בגיטין דף י״ג דהוא קנין דרבנן ובעל״א ואב״מ תרלוהו ואישתמיט להו דרמב״ן בב״ב דף קמ״ד ס״ל דגם במעמ״ש יכול למחול ונראה לפימ״ש בערך ש״י עמו״מ סימן ס״ו סע״ז דיי״ל דלפיכך לא אלמוהו רבנן להקנין ולא יוכל למחול משום דלא רלו להפסיד ללוה וכה״ג כתב בש״ך יו״ד סימן קי״ט ורמ״ב ולפ״ז הל״ל במעמ״ש לדעת רמב״ן בגיטין שם דאיכו רק ברלון הלוה המחה דלא יוכל למחול כיון שקיבל הלוה עליו הקנין דרבנן אך הרמב״ן דס״ל דגם במע״ש יכול למחול משום דלא ס״ל ה״ט דמכשט״ח יכול למחול משום שאינו קנין דאורייתא א״כ במעמ״ש אף דאלמוהו רבנן כדאורייתא לא עדיף ממכשט״ח ולענין קידושין מקודשת גמורה דאלמוה כדאורייתא אלא להסוברים במכשט״ח אלו היה דאורייתא לא היה יכול למחול רק משום שהוא מדרבנן יכול למחול לפי שלא אלמוה כדאורייתא שלא להפסיד ללוה כיון דתכסים הקנין בלא רלון הלוה ואפילו יזדמן שנעשה ברלון הלוה ל״פ והשוו מדותיהן א״כ לא תהא מקודשת גמורה ושאני מעמ״ש דהקנין לעולם רק ברלון הלוה אלמוהו כדאורייתא וא״כ לדידהו במעמ״ש א״י למחול תדע דבתוספת בקידושין דף מ״ח בד״ה המוכר שט״ח וחזר ומחלו מחול כתבו משום דקנין שטר איכו אלא מדרבנן ולא אלים להפקיע כח הראשון שלא יוכל למחול ושם בתוס׳ בדיבור הסמוך בד״ה כי הוכיחו דבמע״ש א״י למחול ותקשי הא מעמ״ש ודאי רק קנין דרבנן אע״כ שאני משום דמרלונו נעשה שו״ר בפכ״י שם שכ״כ ליישב דברי התוס׳.

ועוי״ל דקנין דרבנן כהי דיסודו מדרבנן מ״מ אח״כ נעשה מנהג דקני מטעם סטומתא דהיכא דנהגו בכך הוי קנין כדאיתא באזי כסף דף ע״ד אלא די״ל כהי דאחז״ל דסטומתא קניא ה״ד היכא דמוכר ולוקח מדעתם עשו הקנין הרי קבלי הדבר לקנין וכיון דכן המנהג גמרי ומקני ומ״ש המג״א בסימן תמ״ח בסק״ד דלענין קנין לא מהני טעם דגמר ומקנה אם לא עשה קנין בד״ת קשה הא מלינו בב״ב דף ק״ו ע״ב דגורל אף דאיכו קנין מ״מ איידי דלייתי אהדדי גמרי ומקני וכ״פ המחבר בחו״מ סימן קע״ג ס״ב ואף דברפ״ב דבכורות אמרינן דלא אזלינן בתר דיכיהם אם איכו בד״ת התם מיירי שאינו מנהג קבוע כמ״ש בשו״ת המיוחסות לרמב״ן סימן רכ״ה ומלאתי בחת״ס יו״ד סימן ש״ד שכתב סטימתא הוא קנין דאורייתא דכל שהנהיגו הסוחרים הוי כאלו התנו וכל תנאי שבממון קיים אך קנין דרבנן דלא מחלו ברלונם אלא אנוסים בתק״ח לכן לא אלים כדאורייתא עיי״ש ולא נראה דמי הכריח המוכר ולוקח לעשות קנין דרבנן אם אין מרולים כגון קנין משיכה או מעמ״ש הרי כשעושים קנין זה עושים ברלונם לכן י״ל גם קנין דרבנן אחר שנעשה מנהג קונה מה״ת אבל כ״ז מעמ״ש לרמב״ן דלריך שיהא ברלון המחה אבל מכירת שט״ח דנעשה שלא בהסכמת הלוה שפיר י״ל דאיכו קונה רק נגד המוכר ולוקח אבל שישתעבד הלוה על כרחו איכו כדאורייתא ואף כשיזדמן שנתרלה הלוה מ״מ השוו מדותיהן דלא אלמוהו כדאורייתא וגם הלוה איכו עושה שום קנין רק במעמ״ש דהעמדת הלוה ורליכו מעכב והוא מעלים הקנין ולכן במעמ״ש ל״ק לרמב״ן למה מקודשת גמורה כיון דנהגו כך ומרלונם הוא הוי סטומתא.

ובמה״א בהלכות קנין מעות ואב״מ כאן ס״ק ל״ג הביאו ראיה ממ״ש הרמב״ם בהל׳ תרומות פ״ע שאם מכר הכהן פרתו לישראל ולקח הדמים אפ״י שעדיין לא משך הלוקח אסור להאכילה תרומה שד״ת מעות קונות ואם מכר ישראל לכהן אעפ״י שכתן דמים לא תאכל בתרומה עד שימשוך עכ״ל ומבואר דל״מ קנין דרבנן לאיסור תורה עיי״ש ולפימ״ש איכו ראיה דשאני כשעשו הקנין דרבנן דאזי אהני גם לאיסור תורה כיון דכן המנהג מבא״כ כשעשו קנין מעות הרי לא עשו הקנין דרבנן עדיין ול״ל דקבלו עליהם המנהג תדע דאל״כ למה לא כתב הרמב״ם דאם לקח הכהן ומשך ולא נתן דמים שלא

שלא תאכל בתרומה וא"כ מוכח איפכא דהיכא דעשו הקנין דדבריהם אהני מד"ת משום סטומתא ובהכי מיושב מה שהקשה חת"ם שם דברי רש"י אהדדי דבב"מ דף מ"ח פירש"י דאם מכר חפץ ולקח מעותיו וקידש בו אשה מקודשת לר"י דד"ת מעות קונה הרי דלא אמרינן דמחמת תק"ח שיקנה רק במשיכה אין המעות שלו גם לענין איסור תורה ובגיטין דף ס"ד ע"ב מוכח לרש"י דמזכה ע"י קטן לאחר מהכי אף לאיסור תורה אף דאינו זוכה רק מדרבנן ולפמ"ש א"ש דבגיטין דבעלים מרצונם זיכו ע"י קטן לאחרים קנה האחר מכח סטומתא משא"כ לענין משיכה קונה אה"כ אם משך הלוקח וקידש אשה מקודשת מה"ת אבל כשעשו קנין מעות לא נחתו אדעתא דמנהג ולא עקרו חכמים קנין תורה לענין איסור תורה ועתוס' בכורות דף ח"י ע"ב בד"ה אקנויי ורש"י בפ"ק דקידושין ט"ת ע"ב בד"ה באמירה ותוס' כתובות ר"פ הנושא בד"ה אליבא באמצע הדיבור ואין לתמוה וכו' עד גמר ומקני.

ובשעה"מ הלכות שקלים הקשה אהא דמקבלין שקלים מקטנים ובלבד שיהא מוסרן לגבור הא מדאורייתא לאו בר הקנאה כמ"ש ד"ת קרב מן היחיד ותירץ דרובו מגדולים ומתבטל בטל מה"ת והקשה אב"ת דהא ממון בעלים ל"ב כדאיתא בבילה דל"ח ע"ב וכ"ל דהתם משום פסידא דבעלים כדפרש"י והכא זכות לקטנים נהי דל"ל זכין שלא בפניו דלכ"פ הוא רק מדרבנן או משום דל"ל זכין לו רק כמשזכין לו איזה דבר עקלו"ח סימן רמ"ג מ"מ לא חשוב הפסד א"כ למדאורייתא גם בממון בעלים בטיל רק מדרבנן ל"ב כמו שאמרו בבע"ח וברי' ודבר חשוב וכ"כ מאריכות לשון שם איסורא אמור רבנן ליבטל ברובא אבל ממונא וכו' ומשום דהוקשה לרש"י הא מה דאקורא בטיל ברובא ילפינן מדכתיב אחרי רבים להטות דהוא הדין בממון דאתיא בק"ו מד"כ כמ"ש תוס' בפ"ק דסנהדרין דף ג' ע"ב בד"ה ד"מ לכן תירץ דהחילוק מדרבנן ועמג"א סימן תרכ"ו סק"ג.

וברכ"י א"ח סימן תרכ"ח דין וא"ו הקשה דברי המחבר אהדדי דבש כתב דאם נתן לולב לקטן ללאת והחזיר לו אינו יוצא בו בעל הלולב משום דקטן אינו מקנה מן התורה הרי אף דמדרבנן מקנה לא אהני להיות כד"ת וכאן פסק במעמ"ם דמקודשת לגמרי עיי"ם ולפימ"ש דכאן אהני משום סטימתא דגמר ומקנה וזה שייך בגדול דמקנה מן התורה אהני גביה מה בנהוג שיהא כקנין שאמרה תורה אבל קטן דאינו יכול להקנות בשום קנין אין מנהג עדיף מקנין שאמרה תורה ועוד דמבואר בב"ב דף מ"ח בהא דכופין אותו לגרש עד שיאמר רוצה אני משום דמצוה לשמוע דברי חכמים ופירשב"ם כי אמר רוצה אני גמר בלבו לגרשה דמצוה קעביד מאחר שחייבוהו חכמים להוליא וא"כ ה"כ כי עשה קנין דרבנן ברצונו גמר ומקנה כיון דחייבוהו חכמים לקיים אותו קנין וכבר הבאתי לעיל מפירש"י בקדושין דף ט"ת ע"ב ומתוס' בכורות דף ח"י ע"ב דאהכי סברא דגמר ומקנה דקני אף בלא קנין ולהכי במעמ"ם דכתרלו שלשתן גמרי ומקנה אף דאין בעלם ההקנאה מלוה מ"מ כשעשו יש מלוה לשמוע ד"ח לקיים וגמרי ומקני משא"כ במכשט"ח דאינו מרלון הלוה ל"ל כן וכן בקטן דלאו בני מיעבד מלות נינהו כדאיתא בכתובות דף פ"ו בתוס' בד"ה פריעת אך המחבר פסק בחו"מ סימן קכ"ו ס"ז דממעמ"ם אף בע"כ של לוה קנה ול"ל להמחבר דמ"מ כיון דהמלוה גמר ומקנה נקנה חוב להמקבל לגמרי אף דהלוה אינו רולה.

עוד כ"ל לתרץ דברי הרמב"ן לפימ"ש רבינו יחיאל שבהגמ"ר ספי"ז דשבת דדבר שמועיל בו קנין אהני כמי סטימתא להחשיבו כקנין גמור אבל דבר שלא יועיל קנין כגון דשלב"ל לא מלינו שיועיל בו המנהג להחשיבו כקנין גמור וביארתי דבריו בערך ש"י עחו"מ סימן ר"א דמ"מ מועיל המנהג להחשיבו כחוב בקנין אלא דבנידון הר"י שם גם חיוב בקנין לא מהני כיון דאינו חיוב ממון עיי"ם וא"כ במעמ"ם דלרמב"ן הוא דוקא ברלון הלוה והרי אם נתחייב הלוה בשטר או קנין מחויב ה"כ אהני המנהג שיתחייב להמקבל כאלו עשה שטר או קנין בחיוב גופו ולכן מקודשת גמורה משא"כ בקידשה בשט"ח בכומ"ם בלא רלון הלוה ליכא שום קנין מן התורה שיועיל לשעבוד את הלוה להמקבל בע"כ של לוה לכן גם משום סטומתא אינו מועיל ובהכי מתירן קושית מח"א בסימן ב' מהלכות משיכה על הרמב"ן דס"ל דקנין דרבנן כמו מכירת שט"ח לא מועיל שיהא הקנין דאורייתא דא"כ למה אמרו בפי השואל דף ל"ט השואל קורדום מחברו של הקדש הר"ז מעל וחברו מותר לבקע בו לכתחלה והא השואל לא קנה אותו אלא מדרבנן דתיקנו משיכה בשומרים וגם על הרמב"ם קשה דבהלכות שכירות פסק דמשיכה קונה בשומרים מתק"ח ובהלכות מעילה פ"ו פסק כהאי דהשואל ובהלכות לולב פסק דאם הקנה קטן לולב לגדול ביוט"א אי"ח משום דמה"ת אין קטן מקנה ובהלכות תרומות פ"ט פסק דמכירה במעות חשוב מכירה לענין איסור תרומה כיון דמדאורייתא מעות קונות הרי דאזיל בתר דאורייתא.

ולפי מה שכתבתי לדקו יחדו דאחר שתקנו משיכה אהני כד"ת כיון דנהגו מדין סטימתא והיינו בגדול אבל קטן דמן התורה א"י להקנות בשום קנין ל"מ המנהג ומוכר במעות דלא נחית ע"ד המנהג לא נפקע הד"ת ובלאה"כ ל"ק מתרומות דחכז"ל לא הפקיעו הקנין מעות רק אחר שקיבל מס"פ או נשרף המקח וגם המנהג אינו רק אחר שקיבל מס"פ והעולה מת"ם דקנה ארבע מינים בהקפה ומשך יולא י"ח ביוט"א וקונה טבעת בהקפה וקידש בו אשה מקודשת גמורה והמוכר וקבל מעות וקידש בו אשה מקודשת מדאורייתא דלא נפקע הקנין שיש לו בהמעות מה"ת וגם מנהג י"ל דאין בזה דשרפה כ"ם ולקבל מס"פ ל"ם ובתלתא דל"ם ל"ם מנהג כמבואר בחו"מ סימן שלא א"כ נ"ל דמחמת מנהג נפקע קנין תורה שיש לו בהמעות וביד המלך פ"ה מה"א ה"ז כתב כיון דמדרבנן אין מעות קונה שוב גם מדאורייתא אינו קונה דבודאי לא סמכו דעתייהו דמוכר ולוקח כלל אקנין זה ואומדנא דמוכח הוא כיון שכיהם יודעים שיש בידם לחזור דדבר שבממון הכל תלוי בסמכ"ד ולכן סטימתא קונה כיון דדרך התגרים לקנות בו סמכו עליו דעת המוכר ולוקח את"ד ואיסתמיע לו דברי רמב"ם בפ"ט מתרומות הנ"ל ועוד איסתמיטתיה ש"ק ב"מ פא"כ ס"ג ע"ב דהיכא דלא סמכא דעתיה גם מס"פ ליכא וא"ב למה בכתן דמים יש מס"פ ועיי"ש שהביא ראיה מרפ"ב דבכורות בהא דקנה גריעאות וכתן מעות ולא משך דאינו חייב להשליך הע"ז ליס ומוקי לה דקיבל עליו שנוי המוכר לדון בד"י והא מה"ת מעות קונה והוי ע"ז של ישראל ומחויב להוליכה ליס

ליס עיי"ש ולק"מ דהגוי קיבל עליו לדון בד"י לענין חזרה מהמקח כמו שדנים בד"י והרי כשלא משך הישראל יכול הגוי לחזור מהמקח תו אינו של ישראל דהגוי לא קיבל עליו לענין איסור וחיוב מלוה רק מה שדנין עתה בדין ממון.

במעמ"ש מקודשת כ"כ הרמב"ם והוכיחו מזה דס"ל דא"י למחול מדל"כ בקידשה בשט"ח שבכותה"ק מקודשת וע"כ משום דיכול למחול והקשו האחרונים הא בפ"ו ממכירה כתב הרמב"ם הא דמוכר שט"ח יכול למחול משום דאינו קונה רק מדרבנן א"כ מעמ"ש ודאי רק מדרבנן ולמה מקודשת ולפמ"ש לעיל לק"מ דדוקא מכירת שט"ח דתק"ח גם בלא רצון הלוה לא רצו להפסידו ללוה משא"כ מעמ"ם דמשמע מדברי הרמב"ם פ"ו ממכירה ה"ח דצריך שיהא בהסכמת שלשתן דז"ל היו עומדים שלשתן וא"ל מנה שיש לי בידך תנהו ללוי קנה לוי ואין אחד משלשתן יכול לחזור בו עכ"ל ואם א"ל רצון הלוה ליתן ללוי ל"ש חזרה דהא מתחלה נשתעבד אף ללוה שאינו רולה.

שי"ד במלוה ופרוטה מקודשת בשו"ת רשב"א סי' אלף רל"ג דטעמא משום דדעתה אפרוטה לבד שהוא בעין ומ"מ שתהא המלוה מחילה ומינה דכל מקדש בדבר הראוי לקידושין ובשאינו ראוי דאינה מקודשת ובתוספתא דתנא דמקדש בעיר הנידחת דא"נ משום שאסור בהנאה הא בעיר דעלמא מקודשת עכ"ל דמקדש בקרקע מקודשת דאל"כ אף דתלום ולבסוף חיברו כתלום מ"מ הא קרקע עולם ג"כ בכלל העיר עיי"ם ולולא דבריו קשה הסברא מאד לומר דמלוה קך גדול ופרוטה בעין יחשב אללה יותר הפרוטה ועיין פרש"י בסנהדרין י"ט ע"ב בד"ה מיכל סבר דעתיה דמקדש לקדש במלוה שהוא חשיבה ודוד סבר אין דעתיה אמלוה וכיון דהמלוה חשיבא למה תהא דעתה אפרוטה דאין סברא לומר דמ"ד דעתה אפרוטה ס"ל דפרוטה שהוא בעין יהא חשיבא יותר ממלוה קך עלום לכן נ"ל דכיון דרולה להתקדש דעתה על דבר הראוי שתתקדש ומחמתו וכמ"ם בחידושי רעק"א על יו"ד סימן רל"ד סק"ו וס"ק ס"כ דבדבר מלוה כוונתו ע"ד חכמים באופן המועיל.

שט"ו וי"א שמקודשת אם הוא קבלן כ"כ בטור ותפסו האחרונים עליו הא פסק בחו"מ סי' ש"ו דאומן חייב לשלם אם קלקל מה שהשביח דאין אומן קונה בש"כ הרי דמוליאין ממון ואין בו ספק וכן קשה על המחבר וכ"ל דבח"ר ב"ק דף ל"ט כתב דאומן אדעתיה דבעה"ב משביח ומאן דס"ל אומן קונה בש"כ לפי שאין דעתו של אומן להשביח לצורך בעה"ב לחייב א"ע בתשלומי נזקו וכן דעתו ג"כ להשביחו לעלמו ולקנות בו שכרו אעפ"י שלא קלקלו עיי"ם וא"כ אפילו מ"ד דאין אומן קונה בש"כ י"ל לא דבעל הכלי קונה שבחו בע"כ דאומן דזה א"א לאומרו אלא דס"ל דלעולם האומן אדעת דבעל הכלי משביח ואף דאין סברא שישביח לצורך בעה"ב לחייב א"ע בתשלומי נזקו י"ל לפי דקי"ל ביו"ד סי' רכ"ח ס"ב דאין פותחין בנולד אלא בדבר ההוה ושכיח טובא אבל כשלא שכיח טובא שאף אם היה יודע שיבא לידי מכשול זה לא היה נמנע בשבילו מלידור כיון דלא שכיח טובא א"כ ה"נ מה שקלקל אח"כ לא שכיח טובא כיון דאומן הוא ואפילו היה מעלה אותו על לבו לא היה נמנע מלהשביחו לצורך בעל הכלי אבל במקדשה דפסק הטור בסמוך דקידם במלוה ובעל חזקה אדעת שתתקדש בביאה זו בעל

דאדם יודע דבמלוה אינה מקודשת וא"כ ה"נ ודאי אין דעת האומן להשביח לצורך האשה ויהא שכרו מלוה כיון דבא לקדשה בזה ודאי שדעתו יהא קונה בש"כ ובזה תתקדש והמחבר דפסק בסמוך דהוה ספק ה"נ הביא שתי דעות ובש"ס דס"ד דר"מ ורבנן פליגי באומן קונה בש"כ ורבא אמר דכ"ע אין אומן קונה בש"כ רק פליגי במלוה ופרוטה אה"נ דהמ"ל בעלמא גם לר"מ אין אומן קונה בש"כ ושאני קידושין וכמ"ש אלא דא"כ היה פלוגתא דאמוראי בכתובות דף ע"ד אי אדם יודע דאין מקדשין במלוה כתנאי ולא רלה לעשות כתנאי רק במלוה ופרוטה דמלינו בברייתא אחרת דפליגי תנאים בזה ועוד דכתב הרא"ם בקידושין דף מ"ח דיי"ל רבא ס"ל לדינא אומן קונה בש"כ ואף דאמר דכ"ע אין אומן קונה בש"כ משום דלא הו"ל דכ"ע ס"ל אומן קונה בש"כ דחכמים ודאי לא ס"ל הכי א"כ ה"נ כיון דחכמים ודאי ס"ל אף בקידושין אין קונה אמר רבא די"ל גם ר"מ הכי ס"ל אף דלדינא י"ל בקידושין אומן קונה בש"כ ולפמ"ש לעיל בסמוך הא דמלוה ופרוטה דעתה אפרוטה דאפילו א"י הדין מ"מ דעתייהו על דבר הראוי שתתקדש בו א"כ ה"נ כיון דבדעת האומן תליא אם משביח על דעת שיקנה בעל הכלי השבח רק יהא אללו חוב השכר א"כ בקידושין דעתו שישביח הכלי באופן שיחלו הקידושין ולכן בזה אומן קונה בש"כ אלא כיון דרבנן ע"כ ס"ל גם בקידושין אין אומן קונה בש"כ ולא מלי למימר דכ"ע אומן קונה בש"כ אמר דכ"ע אין אומן קונה בש"כ.

שיל"ד למה לא קאמר הש"ס דר"מ וחכמים לשיטתייהו בפ"ק דערכין דף ה' דר"מ ס"ל א"א מד"ל ומתקנין הלשון כי דעתו על פי שיועיל אפילו א"י הדין כמ"ש תוספת שם וחכמים ס"ל אדם מוליא דבריו לבטלה א"כ כ"ם בא"מ"ל שתהא מקודשת לו בשכר ומלאכה דלר"מ דאינו מוליא דבריו לבטלה דעתו באופן שיועיל דהיינו שיקנה בשבח כלי וא"כ תתקדש לו בשבח כלי וכ"ם במאי דתני בברייתא עשה לי שירים ונזמים ואתקדש אני לך דא"ל אפילו לתקן דיבורם כלל ועתוס' פרק המדיר דף ע"ן ע"ב בד"ה אלא ל"ת ובאס"ז שם כתב משם הריב"ם שלא אמר ר"מ א"א מד"ל אלא בהקדש וכ"ע ובדיקה בתלמוד עכ"ל והנה זה מוכח ומכאן אף דיל"ד איך קאמר בכתובות דף ע"ד דאדם יודע שאין מקדשין במלוה או בפחות משו"פ וגמר ובעל לשם קידושין דא"כ למה קידש במלוה או בפחות מש"פ ומלאתי בריטב"א שם הרגים בזה ותירץ דמחית נפשו אספיקא ודעתו לגמור בבעילה כאלו יודע בברי שאין קידושין בפמש"פ א"ד ודוחק וכראה דכמו דאמרינן בפ"ק דב"מ דף ט"ז במקדש אחותו דיודע שא"ק תופסין באחותו רק נתן לשם מתנה או פקדון ה"נ י"ל הכא או י"ל דתחלה דליכא איסור לא דייק וטעה רק כשבא לבעול מידק דייק וחוקר ודורש דחזקה א"א עושה בב"ז ואם כן לפ"ז ל"ל משום דאינו מוליא דבריו לבטלה כפרש כוונתו באופן הראוי לקידושין אך ודאי לא תלינן בפקדון או במתנה רק אם א"א לומר דנתכוין לקידושין כאשר מילא בפיו לאמר וגם אפילו טעה ולא ידע מ"מ לר"מ אמרינן דכוונתו כמו שיתקנו רבנן כוונתו כמ"ש תוספת בערכין שם וכ"כ באס"ז כתובות דף כ"ח ע"ב אמאי דאר"ל דטעמא דר"מ במקדים מעי' אשתו דהמותר הקדש דא"א מד"ל וכעשה כאומר וקידשו ידיך לעושיהן דאע"ג דבשעה שהקדים לא היה יודע דאין אדם מקדים דשב"ל מ"מ אינהו לדבר שאפשר

שאפשר נתכוין וכל היכא דמצוי נמיחל ליחול והובא בברכ"י יו"ד סימן רכ"ח אמנם נראה דגם לסברת ריב"ש דר"ת לא אמרה רק בהקדש ה"ה קידושין דכוני עושה מלוה והרי את מקודשת לשון הקדש כמ"ש תוספת בפ"ק דקידושין דף ב' ע"ב בד"ה דאסר לה ועיי"ש בברכ"י דאף דבערכין פסק הרמב"ם כחכמים היינו דוקא כשצריכין לתקן לשון הנודר אבל כשנוכל לפרש הלשון על נקיה קי"ל אין אדם מוציא דבריו לבטלה וכ"כ הריטב"א בפרק אעפ"י דף כ"ח ע"ב.

סעיף טו"ב הכנכם כתב הריטב"א בקידושין כ"ב ב' דאל"ה תלינן דמשום כיסופא אמר כיון דהשתא הקידושין בעין ביד האשה זכה אידך בהו השתא ומיקדשא בהו ואף דמכאן ולהבא הוא זוכה והא דאמרינן משום כיסופא אמר כלך אלא יפות אפילו אמר בניחותא תלינן בכיסופא עד שימחול לו בפירש ואיתנייהו לקידושין בעין א"ד וילע"ד איך זכה המקדש דעכשיו אינו בידו ומלאתי במקנה ואב"מ שכתבו דהוי כהילך מנה ותתקדש לפלוני דמקודשת מדין ע"כ כדאמר רבא בפ"ק דקידושין דף ז' ויי"ן אך כונת ריטב"א אינו כן דלהדיא אמר דזכה אידך בהו ומדין ע"כ א"ל שיזכה המקדש דהא מייתי ממשנה דקונה העבד א"ע בכסף ע"י אחרים והוא דברי ר"מ דס"ל אין קנין לעבד בלא רבו כדאיתא התם דף כ"ג ונראה דהריטב"א לא ניחא לו למימר דנקודשת מדין ע"כ דהתם אמר הילך מנה ותתקדש לפלוני דנותן לה המנה וזה דומה לע"כ דקונה א"ע בכסף ע"י אחרים שנותנים הכסף לאדון משא"כ הכא ליכא גילוי דעת דלא קפיד אלא נגד המקדש דמוחל לו אבל מכין דכונתו דנותן לה במתנה לכן נראה טעמו של הריטב"א כמ"ש הרמ"ה הובא בטור לקמן סימן ק"כ דאם העדים כתבו הגט בנייר שלהם עפ"י ציווי של המגרש ונותנין הגט לאשה האשה זוכה בגט בשביל הבעל והדר זכתה האשה עיי"ם וה"כ כן הוא ומה שהקשה האב"מ מפ"ק דב"מ בחזר ולקחה מבעלים הראשונים במתנה הוי ספק אי זכה הלוקח אם כן ה"כ נשאר של הגזלן לק"מ לפימ"ש דהתם זכה הגזלן במתנה ע"י קנין שעושה בעצמו י"ל נתכוין רק לזכות לעצמו ולא ללוקח אבל כאן א"א לגזלן לזכות בעצמו דאינו בידו אלא דהאשה זוכה לו כדי שתזכה מיד המקדש ואם הוא לא תזכה למה לה לזכות בעדו.

וילע"ד מה דאמר דמשום כיסופא אמר הא קי"ל דברים שבלב לא"ה דברים והרי אמר בניחותא כמ"ש הריטב"א בשלמא לרש"י ותוספת דא"ל משום כיסופא הוי מקודשת למפרע אף דאז לא ידע הנגזל אלא דחזינן דלא קפיד אהכי למפרע דהיה יכול המקדש ליטלו ולזכות בו וכבסמוך בנטל דבר שאינו מקפיד ואף דשל"מ נטל מהכי כמ"ש הש"ך בחו"מ סי' שכ"ח לכן אם בלבו קפיד א"א לזכות למפרע דאז לא דיבר הנגזל בפיו שיהוו דברי לבו אבל לריטב"א קשה וגם מה יוסיף במוחל בפירש עדיין ניחא משום כיסופא מוחל ונראה דבמוחל בפירש ל"ח למשום כיסופא ואינו מוחל בלבו דהוי דברים שבלב ומשא"כ הא דאמר למה לא נטלת מיפות יותר ליכא מחילה בפירש על מה שנטל רק באנו לומר משום ג"ד כיון דאמר למה לא נטלת מיפות יש הוכחה דמוחל בלבו מה שנטל ולא הוי דברים שבלב דהיכא דיש הוכחה מועיל אבל כיון דיש חשש דמשום כיסופא אמר תו ליכא הוכחה דמוחל מה שנטל לכן אאמ"ל שמא לאו משום כיסופא מ"מ הוי דברים שבלב ולכן ליכא אפילו ספק קידושין.

בדבר שאין בעה"ב מקפיד נחלקו הפוסקים אם מיירי דוקא כשאינו ש"פ אבל בש"פ הוי גזל וכ"ד רשב"ץ או מיירי בש"פ והספק שמא מקפיד ובמקנה הוכיח דמיירי בש"פ דאל"כ הא אפילו מקפיד מ"מ הוי יאוש כיון דאין ב"ד נזקקין לפמש"פ וש"ר בידה עיי"ש ול"כ דהא דמקודשת במא' דהוי ש"ר בידה אף דהמקדש לא קנה ואינו נותן לה משלו עכל"ל דמ"מ מקודשת דבא לה הנאה מחמתו כמ"ש הר"ן והאחרונים אמנם בפמש"פ דחיישינן שמא ש"פ במדי לרמב"ם דאינו משום גזרה רק הוי באמת ספק ומה בכך דש"פ במדי הא אין נה הנאה ש"פ דבמקומה אינו ש"פ ולהוליכה למדי תוליא יותר עכל"ל דמ"מ כיון שש"פ במק"א חשוב כסף ומקודשת מדין כסף ולא מתורת הנאה וא"כ בפחות מש"פ והוא גזול מה יועיל ש"ר אללה הא המקדש לא קנהו ואינו נותן לה כספו והיא לא נהנית בודאי מחמתו ש"פ כיון דאינו ש"פ במקומה ויכולה למצוא הנאה זו בפחות מפרוטה ועיין מ"ש בסמוך סכ"א.

בדרישת אחרי הוכיח דלא כב"ש בס"ק מ"ד שכתב אי הוי ג"ד דניחא ליה זכה בו ומהשתא חלין הקידושין דהא לפ"ד הב"ש גם דברי המחבר שהוא כלשון הרמב"ם שכתב הטעם משום כיסופא צריך לפרש כן שכתבו טעם זה לענין דלא חלו הקידושין מהשתא דלענין למפרע נ"ל לה"ע ומה הועילו בה"ע דמשום כיסופא אמר כן והרי אם מקדשה בגזל שנתייאשו הבעלים מקודשת דיש יאוש וש"ר וא"כ אף אם אמר משום כיסופא בודאי לא יתבענו בדין ואיכא יאוש אחר ש"ר ולרמב"ם ומחבר בחו"מ סימן שכ"ג יאוש אחר ש"ר מהני את"ד ונראה דבשלמא ש"ר אחר יאוש אף דהוא לא קנה ביאוש לבד ואינו כספו מ"מ מהני אותה במה שמקדשה דעל ידו האשה קונה בש"ר אבל ביאוש אחר שבא לידה הנה כשנתן לה לא היה שלו וגם האשה לא קנתה ועתה כשנתייאש הנגזל רשותה קונה לה מעצמה ולא מהנת אותה המקדש לא בשלו ולא במעשיו ואפילו לא ירצה עכשיו בקידושין קנתה הגזל מאליה ואף דתוספת בב"ק דף ס"ט בד"ה כל שלקטו כתבו דאפילו בשעת יאוש מונח בר"ה אם זכה בה אחר צריך לשלם דמים להגזלן כדאמר לעיל דאפילו יאוש לי"ק סי"ב גנב שני לשלם הקרן לגנב ראשון מפני שצריך לגנב ראשון לפטור מן הנגזל ע"כ משום דגורם היזק לגזלן וה"ד אם גורם בדיבור או במעשה אבל ביאוש אחר ש"ר מאילא קונה לו רשותו ואף אם יאמר לא ניחא לי לא יקנה מ"מ כשגורם רק ע"י מחשבתו פטור כמו שפרש"י בגיטין דף כ"ג בד"ה וחידש ואף דבלא"ה כמי איכה מתקדשת עכשיו מאילא אפילו יאמר הנגזל דמוחל להגזלן עד שיקדשה עכשיו ותאמר הן עיין טו"ז לעיל סק"י מ"מ כ"מ בקידש בגזל וא"כ כתייאש הנגזל אפילו יקדשה מעכשיו בפירש בהנאת מחילת החיוב שלא תחויב לשלם לו מה שצריך לשלם להנגזל מ"מ איכה מקודשת דבלאו מחילתו פטורה.

אורח שיושב בהנהית אלפסי כתב משום דאין בעה"ב מקפיד וילע"ע דביו"ד סימן רכ"ג איתא דאם קיבץ לדקה אין בעה"ח כפרעין ממנו ובא"ז הובא בשו"ת בש"כ סימן ל"ג כתב דאינו רשאי לפרוע חובת מה דאכן שהדי דאדעתא דהכי לא יהבי ליה ונראה שאני פרעון ח"ב דאיתא בפ"ד דנדרים דהמודר הנאה מחברו פורע חובו דזה ל"ה הנאה אבל איסות בכלל ההנאות כמ"ש ברטנורה ספ"ח דנדרים לכן הכותן

שנותן לדקה או מכניס אורח אדעתא להשכחותו יהיב ואיסור דבכלל הנאה הוא רשאי לתתו לקידושין ואף דכתב מהרי"ט הובא בבה"ט כאן דאין קנין לאורח בחלקו עד שעה בפיו מ"מ כיון דזה בכלל הנאה כשבא ליד האשה קנתה וזכייתו וזכיית האשה בכ"א וכמ"ש הרמ"ה בטור לקמן סימן ק"ב כה"ג ומיושב בזה מה שהקשה הטו"ז מא"ח סימן ק"ע דאסור האורח ליתן לבנו של בעל הבית דהתם לא נהנה האורח דק"ו מפרעון חובו.

ס"ב מעמ"ל בא"ש הביא דברי רא"ש וריטב"א דקנין לזמן ל"מ באתרוג דבעי לכם והקשה מר"פ לולב הגזול דף ל"א דכ"ע אף ר"א דס"ל דאינו יוצא בסוכה שאולה מודה בגזל עצים ושיכך בהם דיוצא משום תקנת מרים דא"צ להחזיר עד אחר סוכות והניח בצ"ע ונראה דהיכא דיש לו קנין לזמן הוי כשותפות דלבעלים יש לו קנין לאח"ז דאתי ממילא לכן באתרוג דאינו יוצא בשל שותפות ה"נ באין לו קנין לחלוטין משא"כ בסוכה דגם לר"א יוצא בשותפין כמ"ש תוס' וריטב"א בסוכה דף כ"ז ע"ב.

סב"א המקדש בא"ה בא"ש ס"ק כ"ד ולעיל ס"ק ט"ז כתב דלהרמב"ם אין אשה מתקדשת בתורת כסף אא"כ נהנית מדכתב בפ"ה מה"א הכ"ד בנתן לה דינר עמ"ל דא"מ משום דלא נהנית עיי"ש ולי נראה מוכח מדבריו איפכא מדכתב לא נהנית ולא הגיע לידה כלום עכ"ל הרי דהאריך ולא סגי ליה בטעם דלא נהנית אלא דגם בתורת כסף אינה מקודשת משום דלא הגיע לידה כלום דלגבי קידושי אשה צריך כסף שתשאר אצלה וכמו דלא מיקדשה בחליפין משום שלא נשאר אצלה ה"נ בתורת כסף כשצריכה להחזיר ואפשר משום דילפינן קיחה מש"ע והתם ניתן הכסף לחלוטין משא"כ מכר דילפינן משדות בכסף יקנו ועיין אב"מ בס"ק נ"ז.

ובב"ש הביא מהב"ג ספ"ב דקידושין כיון שאסור בהנאה מדרבנן אינו ש"פ ולפ"ז גם כשאין לו עיקר מדאורייתא ובאמת בפ"ק דפסחים ד"ז לאו מה"ט אמרו דא"מ אלא כיון דאיסורא דרבנן עליה כדאורייתא דמי וא"ב ומייתי ראיה מזה דא"י לבטלו ולמה לא קאמר דא"מ כיון דאינו ש"פ ומ"מ ברשותו הוא ויוכל לבטלו ונראה כיון דמ"מ ש"פ לנכרי ולאוכלה דמותר אם צריך להתרפאות בו עדיף מש"פ במדי וחשוב כסף ואפשר לומר אף דאינו רשאי למוכרו וגם האשה אסורה ליהנות ממנו ולמוכרו מ"מ הא בפ' כירה דף מ"ג אמרינן טבל מוכן הוא אצל שבת הואיל ואם עבר ותקנו מתוקן וכן הוא בעירובין דף ל"ה ע"ב הואיל ואי בעי אמר מלי אמר. כאלו אמר דמי אף דמדרבנן אסור לתקנו בשבת ולקנות שביתה מ"מ באיסור דרבנן אמרינן הואיל ואם עבר שרי כמ"ש בת"י בשבת שם ה"נ כיון דהאיסור ליהנות ממנו ולמוכרו רק מדרבנן אמרינן הואיל דהא קי"ל בא"ח ס"ס תמ"ג דאם עבר ומכר א"ש מותר בדמיהן לכן ה"נ חשוב כסף אצל המקדש והמתקדשת וגם חשוב הנאה הואיל ואם עברה ומכרה לגוי מותרת בדמיהן עכל"ל דטעמא דר"נ דא"מ משום דכדאורייתא דמי ואינו ברשותו וה"ד בדבר שיש לו עיקר מה"ת כעין דאורייתא תקנו משא"כ כשאין לו עיקר מה"ת לא עשאוהו כעין דאורייתא וכדאיתא בגיטין דף ס"ה ובשו"ת הרשב"א סימן תר"ב כתב באשה שאסרה על עצמה נכסי ראובן בהנאה וקידשה ראובן דא"מ אף דשוין נכסיו לאחרים והוי כסף מ"מ אינה מתקדשת אלא בזמה שיש לה הנאה ממש וכ"כ בא"כ פ"ק דקידושין דף וא"ו ע"ב דכל שאין לה הנאה אינה מתקדשת בו דלא מקניא ביה נפשה עיי"ש ואפשר לשיטתו אזיל דגרים שם דף ג' אשה בפמ"פ לא מקניא נפשה אך התוס' שם הכריחו דלא תליא בזה דהא פשטה ידה ונתרצית אלא נ"ב נפשה רק גזה"כ דבעינן ש"פ וריטב"א שם כתב ליישב הגרסא דלא ר"ל דתליא בדעתה דאפילו רוצה מ"מ גזה"כ דבעינן כסף או ממון ופחות מש"פ אינו ממון ולפ"ז אפשר אף דלית לה הנאה מ"מ כיון דחזי לאחריני חשוב כסף גם מ"ש בתשובת הרשב"א שם דל"ל הואיל ואיבעי מתשל כיון דנכסיו אסורה בהנאת הכסף קידושין א"א לזכות באיסור הנאה נ"א כ"כ הריב"ש סימן ת"א אלא אם הגביה איסור הנאה או משכו קונה ונעשה שלו והובא בב"י א"ה סימן ה"כ ובא"ש כאן סקכ"ד ובקצו"ח סימן ת"ה כתב דהריב"ש שם מביא ראיה ממכה"ל דף מ"ב דאמר בע"ז של נכרי מכי אגביה ישראל ה"ל ע"ז דישראל דלית ליה ביטול ואני לא מצאתי ראיה זו בריב"ש שם ולשון הש"ס שם גזרה דלמא מגבה לה והדר מבטיל לה והוי ע"ז ביד ישראל וכל ע"ז ביד ישראל אינה בטילה עולמית וי"ל דלא זכה בה הישראל רק כיון שהיא ביד ישראל אין לה ביטול וכמ"ש הב"ח ביו"ד סימן קמ"ו גזרה משום ע"ז של ישראל עצמו ואף דהוי גזלג"ז מצינו דגזרו גזלג"ז כמ"ש תוס' ר"פ כל הבשר או משום כיון דמגבה לה ה"ל באחריות ישראל כמ"ש המג"א בסימן תקפ"ו סק"ה אבל לקנותה ממש י"ל דאינו ואדרבה משם ראיה מדלא אמר דה"ל ע"ז של ישראל רק אמר דה"ל ביד ישראל רק בפרש"י שם מבואר דקנה ועכ"פ כיון דבא"ח סימן תקפ"ו ס"ב פסק בש"ע דקנה א"כ מ"ש הרמ"א כאן כרשב"א צל"ע ובמל"מ ריש פ"ה מה"א בד"ה אך כתב דמי שאסר עליו בהנאה אתה דבר וקידש בו כיון דהאשה מותרת בא"ד ומתקדשת בו דבתר דידה אזלינן וכמ"ש רש"י וכ"ת בדין זה אא"ל לסברת רש"י דאף דכיונא דבתר דידיה נמי אזלינן מ"מ חשוב ממון מה שנותן לה משום דאי בעי מתשיל על נדריה הא ליתא שטעם זה דאי בעי מתשיל אינו מעלה ומוריד כלל בענין זה דקידושין וכמ"ש הרשב"א בתשובה סימן קכ"ב עכ"ל הנה בסימן קכ"ב ליתא רק סימן תר"ב ול"כ דטעם זה ליתא רק כשהאשה אסרה עליה בקונם דע"י הואיל לא מלי זוכה כיון שיש לד"ז בעלים אבל אם הוא נדר ודאי י"ל ע"י הואיל ואי בעי מתשיל עדיין חשוב שלו וכדאיתא בפא"ע וכן הילכו תוס' בפ"ק דפסחים דף וא"ו ובפא"כ דף עיין ע"ב דע"י הואיל אמרינן כיון דמעולם לא היה שלו גם נכסיו חשוב אינו שלו משא"כ אם מעיקרא היה שלו אמרינן הואיל ועדיין חשוב שלו.

ועיין בר"ן בפכה"ל שכתב אע"ג שאסורה בהנאה ואין בה דין ממון אפ"ה כיון שיכלה להתבטל ע"י גוי מלי זכה בה עכ"ל ולפ"ז ק"ו באיסור הנאה מחמת נדר דהא בע"ז כשזכה בה ישראל תו אין לה ביטול מ"מ כיון דמעיקרא יש לה ביטול חשוב ממון ויכול ישראל לזכות בה כ"ש בנדר דגם אח"כ יכול לומתשל ולפ"ז מיושב מה שהרמ"א כתב כאן בנדרה אם קדשה בשטר הוי קידושין ולקמן סל"ב ס"ד הביא פלוגתא בכתבו על א"ה דה"ט דבשאר א"ה יש פלוגתא אי מלי לזכות בו ובקידושין צריך שתזכה בו משא"כ בנדרה כיון דיש היתר ע"י שאלה

יש

יש בו דין ממון ומלי זוכה בהשטר והנאה ל"ל בשטר וכהי דרשב"א ק"ל גם באיסור הנאה מחמת נדר לא מלי לזכות תפס רמ"א בזה עיקר כדעת הר"ן וגם יש ק"ש במה בכל א"ה יש זכיה וכדעת ריב"ש ואת"ל בא"ה שאין לו היתר אין זכיה מ"מ שמא באיסור מחמת נדר יש זכיה.

באיסורי הנאה דרבנן בריי"ו נכ"ב ח"א כתב דמקדש בערלה וכה"כ י"א אפילו בא"ל מדרבנן א"מ וי"א דמקודשת וכן בכל א"ה דרבנן וכן עיקר עכ"ל והובא בעל"א והקשה דמ"ש מחמץ ונראה דבא"ה יש שני טעמים דא"מ חדא דלא שוה כלום כיון דאסור בהנאה שנית דאינו של הבעלים ולא נתן לה שלו וגם היא לא קנתה ובח"ס א"ח סימן ק"ס כתב דחמץ מחויב לבערו וכל שעתה עובר בת"ע דתשביתו וב"י לכן אמרו בפ"ק דפסחים דלאו ברשותו הוא אבל בערלה וכה"כ ושאר א"ה אינו מחויב לבערו רק אם שרפו עשה מלוה לכן מיקרי של בעלים עיי"ש וא"כ הא דמקדש בערלה וכה"כ דא"מ ע"כ משום דא"י ליהנות ולאו בר דמים הוא לה וכתבתי לעיל הא דאמר בפ"ק דפסחים בחמץ דרבנן דא"מ משום דלאו ברשותו כמו בחמץ דאורייתא ולימא משום דא"י ליהנות בו דכיון דאפשר למוכרן ויהיו הדמים מותרין אף דלכתחלה אסור למוכרן בדרבנן אמרינן הואיל ואי עבר הוי ראוי לכן בערלה וכה"כ דרבנן ס"ל לריי"ו דמקודשת אף דריי"ו ס"ל דאם עבר ומכר ערלה וכה"כ אסורין דמיהן כמבואר בו בכ"א ח"ב דדמי א"ה אסור מדרבנן וחליפי חליפין מותרין דיעבד י"ל דוקא בא"ה דאורייתא גזרו על חליפין אבל לא על חליפי חליפין כיון דחליפין עצמן אסורין רק מדרבנן ה"כ בא"ה דרבנן מותרין החליפין כיון דהאיסור גופא אסור רק מדרבנן אבל חמץ דמחויב לבערו ע"כ כמבוער הוא ואינו של בעליו וגם לא קנתה.

ועוד בחמץ ל"ל הואיל ואי מכרה מותרת בדמיו גם עכשיו חשוב לה הנאה דבחמץ אי מכר עשה שני איסורים חדא כיון דאסור בהנאה מיד כשמוכר נהנה ועוד דמחויב לבערו לכן גם בחמץ דרבנן לא אמרינן הואיל ואי עבר דהא באיסור דאורייתא לא אמרינן הואיל ואי עבר כמ"ש תו"י בפ' כירה דף מ"ה וה"נ כשיש שני איסורי דרבנן חשוב כאיסור דאורייתא כמ"ש הרע"ב פ"ג דעירובין מ"ג משא"כ בשאר איסור דרבנן ליכא במכירה רק חד איסור דנהנה ועיין תוס' רי"ד בע"ג דף כ"ד ע"ב דס"ל דחליפי א"ה או דמיהן מותרין רק אסור להחליפן או למוכרן דאז חשוב נהנה.

סב"ב בדמיהם מקודשת היא משנה בפ"ב דקידושין ובירושלמי שם ר' חגיי בשם ר"ז בשאין דמיהן אר"ה ז"א מקדשין בגזילה ונראה פירושו כשלא ידע לוקח והוי מק"ט דכמלא אין דמיהם ולכן אר"ה ז"א מקדשין בגזילה וכן מצאתי במל"מ ובעל"א דחה פי' זה דהא הקשו תוס' למה לא תני במשנה כמי ע"ז ותרצו משום דלא מלי למתני סיפא דמכרן וקידש בדמיהן מקודשת דע"ז תופסת דמיה, ואם איירי כשלא ידע הלוקח והוי מק"ט איך תופסת דמיה הא אאדש"ס עיי"ש ול"נ דהא קיי"ל בע"ז דף כ"ד ובחולין דף מ"א דמנסך אוסר יינו ש"מ אם הוא מומר דל"ל לצעורי מיכוין ומשום דעושה מעשה בגופה אף דאינו עושה שום שינוי בגופה דהא רק נגע בהיין א"כ ה"כ דמוכר לוקח דמי ע"ז חילופי ע"ז עושה מעשה בגופן ומורה אמרה והיית חרם כמהו כל שאתה מהיה ממנה יהא כמוה וכאלו עשה הדמים ע"ז בידיו.

ובריטב"א בקידושין שם כתב עמ"ש בירושלמי דז"א דמקדשין בגזל כיון דא"ה כנהו דלא שוה מידי וגם אין תופסין דמיהן המעות שנתן לו לוקח כשלא הכיר בהם גזל הם בידן וכתב המ"ל דלא הבין דאף אם תופסין דמיהם הם גזל ביד מוכר כיון דלוקח לא הכיר בה ול"נ דאם תופסין דמיהן דנאסרו דמיהן בהנאה וחייב המוכר לשלם אחרים כיון דאסרם וכדאיתא בע"ז דף כ"ט ע"ב דמקלי קלייה ובגיטין נ"ד המנסך חייב וא"כ לא שוה מידי ואם יודע ללוקח ודאי לא ירצה בדמים שנתן רק בתשלומין א"כ ל"ה תו גזל דזכה בהן המוכר אף דישל"מ ל"ה יאוש מ"מ היכא דאנן סהדי דאלו יתוודע לבעלים היה ניחא להו מהני כמ"ש הש"ך בחו"מ סימן שנ"ח סק"ב ואף דכתב שם דזה חשוב בהיתרא אתי לידיי והכא מתחלה באיסורא אתי לידיה ול"מ יאוש הא מ"מ ל"מ יאוש באתי באיסורא לידו משום שחייב בהשבה כמ"ש תוס' בב"ק דף ס"ו בד"ה ה"כ והכא דנאסר בהנאה ולא שוה כלום אינו בהשבה רק אם ישלם אחרים תחתיהן כיון דחייב בתשלומין ולא מלי למימר הש"ל ובריטב"א ב"מ כ"ב ע"ב בד"ה אייתי משמע כהש"ך.

ועמ"ש עוד בריטב"א בקידושין שם כ"ו ע"ב כתב דרב דדייק ממשנה ושלהן היתה ושל שביעית דאין מקדשין בגזל דאחרים פליג אר"ח דירושלמי וא"כ קשה לרב דיוקא דר"ח ולר"ח קשה דיוקא דרב ועיי"ש ובמל"מ שם כתב הכלל העולה מהירושלמי הזה יש ללמוד שני דברים האחד דס"ל מקדשין בגזל והשני דמי שמכר דבר לחבירו ונמלא מק"ט שהמעות הם גזל בידו ואם קידש בהם את האשה למ"ד אין מקדשין בגזל א"מ א"ד ולע"ד מאד קשה שיסבור הירושלמי מקדשין בגזל כיון שאין המעות שלו וגם היא מחויבת להחזיר לנגזל וללוקח ואם איירי לאחר יאוש הא במכרן וקידש בדמיהן דלוקח ל"י הוי ישל"מ לכן נ"ל עפימ"ש בהג"א פא"כ דמחילה בטעות מהני מכח יאוש כיון דנתן המעות לחבירו אף דטעה מ"מ נתייאש ותוס' דל"כ התם הכי כתבתי לעיל בסימן כ"ז משום דס"ל אף דטעו הנותן והמקבל מ"מ חשוב באיסורא בא לידו דמחויב בהשבה אבל כאן דקידש אשה במעות הללו הוי יאוש וש"ר ומקודשת כדלעיל ריש הסימן ונמלא ל"ק על רב מהך משנה וגם על ר"ח ל"ק ממשנה דשל שביעית דר"ח דאמר ז"א מקדשין בגזל היינו בגוונא דמכרן וקידש בדמיהן דנתייאשו בעלים.

ובמל"מ שם נסתפק במוכר איזה דבר לחבירו ונמלא בו מום כהי דהוי מק"ט מ"מ המעות שקיבל ל"ה גזל שהרי מקח זה דמים לו אלא שבשביל המום אינו שוה כמו שפסק וה"ר מהרמב"ם פ"ד מממרים שכתב דאם נחלקו שזה אומר פסול וז"א כשר פטור ממיתה ואי אמרת דמק"ט המעות הם גזל ממחלוקת זה יולא לדבר שזדונו כרת כגון אם מכר לחבירו לולב או ציצית או שופר זה וקידש המוכר אשה באותן מעות דלדברי האומר פסול הוי מק"ט וא"מ בהמעות ולדברי האומר כשר מקודשת עיי"ש ולבצי ל"כ ידמה כיון דע"י מום הוי מק"ט ובטל כל המקח וצריך להחזיר כל המעות ולא סגי בשיחזיר מה שאינהו בשוויו כדאיתא בחו"מ סי' רל"ב ס"ל ומ"מ כשקידש במעות זה מקודשת דהוי יא"ש וש"כ.

ולכל

ולכל הפירושים לשון ירושלמי קשה דהמשנה אמרה קידש בדמיהן וירושלמי אמר בשאין דמיהן ולולא דבריהם י"ל כיון דמק"ע הוא בשלא ידע הלוקח הדמים גזל ביד מוכר אלא דכתייאש וכמ"ש לעיל מהג"א אך לפימ"ש הרמב"ם והמחבר בחו"מ סימן שכ"ג דגם ביאוש וש"ר בלקח מגנב מפורסם צריך לוקח להחזיר המעות לנגזל ועיי"ש בש"ך דכ"ע מודו בזה כיון דלוקח ידע שהוא גנוב באיסורא בא לידו וצריך להחזיר לנגזל עכ"פ מה ששוה יותר מדמים שנתן בעדו וא"כ כאן באשה דלא נתנה כלום או אפ"ת דהוי כנתנה פרוטה דכן דמי אשה כמ"ש הרא"ש בשא דקידשה בשט"ח עכ"פ צריכה להחזיר היותר מפרוטה והיא לא נתרצית להתקדש רק בכל הדמים שנתן לה ולמה מקודשת אך איתא בפרק הגוזל ומאכיל ובחו"מ סימן שס"א דגזל ובא אחר ונטלן מהגזלן ואכלן אחר שנתייאשו הבעלים פטור ואם לא אכלן צריך להחזירן לנגזל והנה בר"פ האומר מבואר בקידש אשה ואמ"ל האמ"ל לאחר ל' וכתאכלו המעות תוך שלשים מקודשת כיון דמעיקרא ע"ד קידושין נתן לה ואם תחזור בה תתחייב להחזיר הקידושין וע"כ חשוב כאלו הוא בעין עדיין כמ"ש הרא"ש שם ומבואר בתוספת בפרק מרובה דף ס"ט בד"ה כל שלקטו דאם אחר יאוש בא אחר ונטל הגזלה חייב לשלם לגזלן כיון דצריך הגזלן לשלם לנגזל והא דאמרינן דאם אחר אכלו אחר יאוש פטור הייכו דפטור מהנגזל לא מהגזלן עיי"ש וא"כ כאן דקידש בדמיהן אם אכלה הקידושין אם לא תהא מקודשת הצטרך לשלם להמקדש כיון דהוא צריך לשלם ללוקח אף דלוקח כתייאש כיון דבאיסורא בא לידו לכן חשוב כאלו בעין ואלין השתא הקידושין אבל כ"ז שדמי הקידושין בעין דצריכה להחזירן ללוקח אינה מקודשת וז"ש בירושלמי בשאין דמיהן דנתאכלו אללה אזי מקודשת ועי"ז אר"ח ש"מ מקדשין בגזילה בכה"ג דאחר שנתאכל אללה אחר יאוש תהא מקודשת וגם הגרסא שאין מקדשין בגזלה הייכו אפילו אחר יאוש אף דהוי אללה יאוש וש"ר מ"מ הרי צריכה להחזיר לנגזל כ"ז שהן בעין ומה דפסיקא לירושלמי דמכן וקידש בדמיהן מיירי דהאשה ידעה שזה דמי האיסור והלוקח לא ידע שזה איסור משום דאם לא ידעה האשה יכולה לומר לא ניחא לי בגנבה כמ"ש ב"ש בריש הסימן סק"ב ואם הלוקח ידע שזה איסור הנאה הא קי"ל בהכיר בו שהמעות פקדון וכמ"ש ב"ש כאן ס"ק כ"ח ועוד דבלא"ה לכל הפירושים קשה מכליה לירושלמי דהמעות הוי גזל לוקמוה דמכן לרשיעי או לנכרים דשוו לדדהו וכ"ש למ"ד דגנבת עכו"ם כשהטעו אינו אסור עיין חו"מ סימן שמ"ח אע"כ ס"ל לירושלמי כיון דלנכרי שוה או בלוקח רשע וידע הוי חליפי ע"ה ואסורין הדמים גם כן בהנאה וכמו דבגופן א"מ ה"ה בדמיהן וע"כ מיירי המשנה דמכן ללוקח שלא ידע שהן ע"ה והוי מק"ע דצריך להחזיר הדמים ואינן חליפי ע"ה.

ספק מקודשת כתב ב"ש עיין רא"ש ור"ן שכתבו אפילו לא ידע י"ל דהוי כהלואה כיון דדרך מו"מ בא לידו וכתב אב"מ לדינא כיון דהכריע רמ"א בחו"מ ס"ס רל"ב דהיכא דהוי מק"ע ה"ל כבע"ח א"כ ה"כ כהלואה עיי"ש ול"נ דהתם אחר שכבר הוליא המוכר המעות ה"ל כבע"ח אם אית לו זוזי לפרוע בזוזי כיון דיהיב ליה זוזי וההכה בזוזי אפילו הוא גזלן אבל הכא דכין כשקידשה באותן דמים אז הוי גזלן דכ"ז שהם בעין אסור להוליאן דהא מבואר בתוספת בר"פ המוכר את הפירות דכ"ז שהם בעין א"י לפרוע בד"א לכ"ע דלא נתנו לו להוליאן רק משום דכסבור דקנה המקח עיי"ש א"כ מי הרשהו להוליאן לשיותן הלואה כיון דבטעות נתן לו להוליא ל"ד להפקיד מעות מותרין דהתם כיון דלא צייר וחתם ג"ד דאיכו מקפיד כשיוליאן הכפקד ול"ע במ"ש בחו"מ סימן שמ"ח ס"ה דתשלומי גנבה כנזקין דהייכו אפילו אית ליה זוזי כותן לו מטלטלין אם גנב זוזי והוליאן והשתא אית לו זוזי דלפימ"ש הרמ"א במק"ע דהוי כבע"ח ה"כ בגנב זוזי דכתיב והשיב את הגזלה אשר גזל דלריך להשיב כעין שגזל אח"כ ראיתי שכ"כ תוספת בפ"ק דב"ק דף י"א ורא"ש שם סי"א דלריך הגזלן להשיב כעין שגזל לא דבר שילטרך לטרוח ולמוכרו ולקנות בדמים כעין שגזל והובא במח"א בהלכות גזלה סכ"ג ממילא אם גזל מעות לריך לפרוע דוקא מעות ואדרבה ק"ל כיון דמק"ע הוא והמוכר גזל המעות הל"ל דחמיר מבע"ח דבבע"ח כי לית ליה זוזי ל"א לו זיל טרח ומכור ואייתי זוזי כדאיתא בחו"מ סימן ק"א ואולי בגזלן כיון דכתבו תוספת ורא"ש ואייתי מירושלמי דדרשינן והשיב את הגזלה אשר גזל ובגנבה חיים שנים ישלם דמחויב לשלם כעין שגזל בזוזי וא"כ כשלית לו זוזי לריך הגזלן לטרוח ולמכור ולפרוע בזוזי וכ"כ במח"א שם ולמה כתב רמ"א ס"ס רל"ב דמק"ע דיכו כבע"ח ול"ל כיון דר"ש חולק וס"ל דגנב וגזלן דיכו רק כמזיק וא"ל לפרוע בזוזי כמ"ש בהג"א בב"ק דף י"א כסי דתוספת ורא"ש רוב הן ומפרש דכתבו דכ"מ בירושלמי מ"מ המוכר מוחזק בעלמו וי"ל קי"ל ומפרש דגם רמ"ה שבכ"י שם ס"ל דאי לית ליה זוזי א"ל לטרוח ולמכור אבל לומר מט"ז דאפילו אית לו זוזי ידחכו אלל שוה כסף ס"ל לרמ"א כיון דכל טעם דקים לי משום חזקת ממון דמוקמינן בחזקת שהן עכשיו אבל זה דע"כ ילא מהזקתו או ממון או שוה ממון אין הכרע מהחזקה שמחזיק בהן וכיון דעיקר כתוספת ורא"ש לריך לפרוע בזוזי דאית לו כבע"ח ויותר מזה כתב הש"ך בחו"מ סימן קל"ג ס"ק י"ג לענין מגו להוליא דל"א דוקא אם בא להוליא בלא דמי אבל אם כותן דמים ומוליא החפץ ל"ה מגו להוליא הרי כיון דכ"מ רק בין החפץ והמעות שמכיכן אמגו להוליא ואף דאפשר החפץ שוה יותר ולוקח מוהזק במקחו כ"ש כאן דמוחזק בהמעות והשוה כסף וע"כ ילא אחד מחזקתו ואין כ"מ רק בין המעות או מחירו דנסמך ארוב פוסקים להוליא המעות.

ועוד הא כתב בכנה"ג דא"ל קי"ל כיחיד לגד ולכן הכא לענין לכופו למוכר לטרוח ולפרוע בזוזי יש דעת רמ"ה ודעת ר"ש דא"ל כמו בניזקין מבא"כ כשיש לו מעות דגם לרמ"ה לריך לפרוע במעות כשאר רק דעת ר"ש ולפי טעמים אלו א"ש כמי מה שפסק רמ"א בחו"מ סימן שכ"ד ס"ה דגנב כלי ונשבר לריך להחזיר דוקא כלי שלם או דמיו ודוקא דאית ליה זוזי אבל אם לית לו זוזי יכול ליתן לו השברים בשויין כשאר מטלטלין עיי"ש ומיושב מה שהקשה שם בהגהת הש"ך סק"ז ועכ"פ הרי ס"ל לרמ"א שם בגנב כשיש לו זוזי לריך דוקא לשלם בזוזי או כלי שלם כמו שגנב ואם אין לו זוזי ל"א לו זיל טרח ומכור ואייתי זוזי לכן פסק כמי במקח טעות דדיכו כבע"ח דדוקא דאית לו זוזי לריך לפרוע זוזי משום דגנב כמי דיכו הכי ולפ"ז הנ"ל דודאי א"מ אך הרא"ש כתב דלולא דברי הירושלמי אפשר לומר כיון שהלוקח כתן דמיהן למוכר להוליאן הלואה הן בידו ומקדש בהן אף דחייב לשלם

לשלם מביתו מפני שנוקחו מק"ט וכתב בבד"ה דזה עיקר דדברים של טעם הם ולפחות מידי ספיקא לא נפקא עכ"ל ולכאורה תמוה הא מה שנתן להוליאם הוי כמי בטעות ואלו ידע לא היה נותן להוליאם א"כ גנוב הוא ביד המוכר וכן תמה בעל"א להר"ר ממ"ש תוספת בב"מ דף מ"ג בד"ה מאי כיון דמעות אינו קונה אסור למוכר להשתמש במעות וא"כ כ"ש כשהיה מק"ט דלא קנה כלל עיי"ש ונראה כיון דלוקח ל"י דאסור בהנאה וכשבור דנגמר המקח נתייאש מהמעות וכמ"ש לעיל מהג"א וכהי דלגבי מוכר באיסור בא לידו מ"מ האשה קנתה המעות ביאוש וש"ר משא"כ התוספת שכתבו היכא דלא נתן רק מעות וידע לוקח דלא קנה ויכול לחזור בו הוא או המוכר לא נתייאש מהמעות עדיין דרפיא בידו שמא יוחזר לו המעות ועוד אפ"ת דהוי יאוש הא מן התורה מעות קונה ואמרו חכמים שלא יקנה וכשיחזור אחד יחזיר המעות משום שלא יאמר לו נשרפו חיטך בעליה ומה"ט גופא תקנו דלא יקנה המעות ביאוש דאל"כ עדיין יאמר לו נשרפו חיטך בעליה ולא יחויב להחזיר המעות כלל כיון דלוקח נתייאש ובהיתרא אתי ליד מוכר דיאוש קונה ופטור לגמרי כמו באבדה שמלא אחר יאוש כדאיתא בב"ק דף ס"ו וה"כ היאוש עם נתינת המעות באין כאחד בהיתר ולזה כתב הבד"ה דדברי טעם הן ומ"מ היא ספק כמ"ש לעיל ממ"כ אם ידעה האשה דמעות זה ביד המוכר מחמת א"ה תליא בפלוגתא שבחו"מ סימן שכ"ב כשידע הלוקח אם לריך להחזיר לנגזל דמי הגזלה אף דים יאוש וש"ר ואם לא ידעה הוי ספק דשמא אלו ידעה לא היתה רולה באיסור כמ"ש הב"ש בריש הסימן סק"ב.

חוץ מאלילים שאם מכרן וקידש בדמים מקודשת כתב בעל"א דאם משך הגוי וא"כ פרע כהי דאסורין הדמים לדידי' מ"מ לדידה מעיא הנאה ומקודשת עיי"ש ול"נ כיון דביו"ד ס"ס קמ"ד פסק דהוי ספק משום פלוגתת הפוסקים א"כ האשה א"י ליהנות מחמת ספק איסור ולא יהיב לה שום הנאה וכסף ל"ה כיון דלדידיה ודאי אסור עכ"פ מדרבנן ובלא"ה לדידיה אסורין מחמת ספיקא דאורייתא דאפי' לרמב"ם עכ"פ מדרבנן אסור א"כ לא שוו לו כלום.

סעיף כ"ג בכור בזה"ז עמג"א דהש"ע סותר א"ע ולע"ד ביו"ד דמסיק לענין איסור מכירה פסק להקל דמותר כיון דאפילו למאן דפסק כרבנן דממון גבוה הוא אין בו איסור דאורייתא במכירתו וכ"כ בריט"א ר"פ פסהמ"ק דאפילו בכור תם אי בזמן בהמ"ק אין איסור דאורייתא למכור לכן פסק ביו"ד וגם ברא"ש פ"ב דמעשר שני דבכור בזה"ז מותר למכור ולקדש בו אך אם כבר קידש בו פסק כאן דהוי ספק מקודשת כיון דרא"ש בב"ק הכיח בל"ע אי הלכה כריס"ג ומפרש לענין חומר עריות דחמיר משאר איסור.

סימן כ"ט

ס"א ע"מ שתחזרהו לי כתב הב"ח דה"ד בכפליה לתנאו דאל"ה התנאי בטל ובאב"מ כתב דאם בטל התנאי מחויבת בתורת שכירות להחזיר אלא דא"ל החזירה אין המעשה בטל וא"כ הכא א"מ דדמיא לחליפין ובכה"מ סימן רמ"א דחה דבריו עיי"ש ובאב"מ כאן כתב דמש"ה ל"ק להו לתוספת בריש המימרא בהילך מנה עמ"ל דבכולהו לא קני הא לא כפל לתנאי אלא אהא דאמר רבא לא החזירו ל"י ול"כ לפימ"ש בערך ש"י על חו"מ שם דא"ל כתנאי ב"ג רק כשים חלות למעשה אם יקוים התנאי ואפילו ת"כ א"ל לדידן רק כשים חלות למעשה בקיום התנאי רק לר"מ אפילו ליכא עקירת מעשה ס"ל דמכלל הן ל"כ לאו עיי"ש ולכן ל"ק להו לתוספת בריש המימרא כיון דס"ל דמתנה עמ"ל ל"ם מתנה בין יקוים התנאי בין לא א"כ ל"ל ת"כ רק אמאי דא"ר החזירו ילא ק"ל א"כ כשלא החזירו למה לא ילא הא ליכא ת"כ ואף דכתבתי שם דרבא דאמר בגיטין דף ע"ה אהא דע"מ שתחזיר לי הכייר ומגורשת משום דהוי מעשה קודם לתנאי לא ס"ל הך סברא ואם כן הכא דנוני מימרא דרבא למה לא הקשו תחלה י"ל לפימ"ש מהר"ס ש"ף בגיטין שם דרבא נמי ס"ל ע"מ כאומר מעכשיו כרבי אלא דבעי לתרץ למה לא קתני ומגורשת ותחזיר הכייר ולפ"ז י"ל דרבא נמי ס"ל הך סברא היכא דאין חלות למעשה כלל א"ל כהנאי ב"ג אלא כיון דע"מ כמעכשיו ומגורשת לריך כתנאי ב"ג ולכן לא הקשו הכא בריש המימרא מרבא אדרבא דים לדחות כמ"ש מהר"ס ש"ף וא"ל א"כ תקשי למה ס"ל לרבא הכא להס"ד דעמ"ל בכולהו לא קני והתם בגיטין ס"ל דמגורשת משום דע"מ כמעכשיו דשא"ה בגט דא"ל מתנה שהכה ממנו דהא כתבו לגט על איסור הכלה מגורשת ומגורשת בע"כ וכיון דע"מ כמעכשיו השוב ונתן לה ואף דלריכה להחזיר הגט אח"כ משא"כ קידושין וכן פדה"ב ומכר לס"ד דלריך שיהא מתנה שתוכל ליהנות וכיון שלריך חזרה לא יהיב כלום.

כתב ב"ש דגם להרא"ש שכתב באחרוג ומיירי בת"כ י"ל בקידושין אף דלא כפל א"ו דלא סמכ"ד דסבורה דמחויבת להחזיר לו ואב"מ השיגו דא"כ בהא דקידשה בשט"ח דאחרים דמאן דס"ל כרבי דל"ל כתיבת קני לך מקודשת נימא דלא סמכ"ד א"ו כיון דדינא דמקודשת ל"א לאו דינא גמירי אח"ד ול"כ דל"מ להרא"ש דספיר כתב הב"ש דהא כתב בפרק הכותב והובא בש"ך חו"מ סימן ס"ו ס"ק כ"ו דאמרינן שמא אינה יודעת הדין ויראה למחול וה"כ איתא בפ"ק דקידושין אטו כולהו נשי דינא גמירי אלא גם להש"ך שם דלא אמרינן כן רק אי מפורש בש"ס דלאו דינא גמירי מ"מ שאני היכא דים לה לטעות מחמת שנוקדם דכיון דהתנה ולא כפל הרי כסבור דסגי בהכי ויותר י"ל בגברא דדינא גמירי ודאמר בפ"ק דקידושין שם אטו כולהו נשי דינא גמירי לכן גם האשה טועה דהתנאי מועיל ולא סמכ"ד משא"כ הך דקידשה בשט"ח ול"כ קני לך הוא להיפך כיון דהוא לא כתב סבורה ודאי בהכי סגי וכה"ג איתא בחז"ם דף מ"א כי היכי דאת לא הוה ידעת הוא נמי לא הוה ידע אח"כ ראיתי בנהרי"ט ח"א שאלה ק"ב שכתב כסברא זאת ומכח הראיה שכתבתי והובא בכנה"ג חו"מ סימן ע"ע בהגהות ב"י והביא שם שכה"ג כתוב במהרי"ק שרש כף ורסד"ס.

כתב המקנה דנראה פשוט דכל מעמ"ל אם החזירו במתנה עמ"ל וחזר והחזירו נמי מתקיים התנאי ואיסתמיטתיה מ"ש הריב"ש סי' שמ"א וז"ל דמוקלה מן הדעת שהמתחייב לתת לחברו איזה דבר שיוכל לתתו במתנה עמ"ל בזה נאמר שקיים תנאו שאם אמרו בפ"ק דקידושין בכולהו קני היינו באותן דברים שחייבה תורה לתת שבזה ילא ידי נתינה כיון דנתינה גמורה לשעתה היא אבל בתנאים שבין אדם לחברו הולכין אחר לשון ודעת בני אדם וכל שהתנה סתם לתת יש לו לתת סתם ולא בתנאי

ושיור

ושיור והובא לפסק הלכה ברמ״א חו״מ סימן רמ״א ס״ו.

הג״ה כדי לקדשה בה תוך למ״ד בחמ״ח ועו״ז השיגו על רמ״א דמה לורך בזה כדי לקדשה וגם ברא״ש ליתא עיי״ש וי״ל דעת רמ״א דבלא״ה יכולה לומר כיון דקדשני סתם ולא פירש בהנאת שימוש עד ל׳ ולאי כונתו בגוף החפץ וכמ״ש הר״ן וגם בשו״ת הרא״ש שם וכן בחפץ שלה י״ל כן ואף דנתנה לו עמ״ל הא מיקיים תנאה כשיהיב לה אח״כ דמי וא״כ אם לא יתן לה אח״כ דמי החפץ דביטל תנאו ס״מ אבל בנתנה לו עמ״ל כדי לקדשה בו ע״כ כונתה שלא יצטרך ליתן לה דמי החפץ דא״כ מיד היה לה להתנות על הדמים דהא סתם עמ״ל הייכו גוף החפץ אלא אחרי נמכר יכול לקיים התנאי בדמים כמ״ש באב״מ כאן לכן בנתנה לו עמ״ל כונתה היה שיחזיר לה גוף החפץ ולא עלתה ע״ד שיקדשה בו לכן לא התנתה על דמים וכשקידשה בו יכולה לומר כסבור הייתי שיקיים התנאי בדמים.

ומה שלא הוזכר בשו״ת הרא״ש י״ל דז״ל בסי׳ ל״ה לשון ר״א ובענין מתנה עמ״ל קבלתי ממורי דגם המקדש שאל טבעת עמ״ל והלך וקידש בו אשה סתם מקודשת אע״ג דלריכה להחזיר כדי לקיים תנאו יחזיר ויקנה ממנה ויחזיר ויקיים תנאו ועוד היה אומר מורי דאם נתנה האשה החפץ לאיש עמ״ל עד ל׳ וקידשה בחפץ זה תוך ל׳ הר״ז מקודשת ומוחזר וכראה דמקדש סתם בטבעת שאולה כמפרש בגופה דמי ולדעת כן נתקדשה לו עכ״ל הנה תחלה אמר קבלתי ואח״כ אמר ועוד היה אומר מורי וי״ל דאופן ראשון נתקבל אללו אבל אופן שני לא נתקבל אללו דכראה לו דמקדש סתם כמפרש בגופה דמי א״כ א״ל יתן לה דמי החפץ איכה מקודשת דביטל שתעשה משום דלא קיים התנאי ולא כמורו דאמר מקודשת ומוחזר ומורו ס״ל כדעת הגמ״ר שהביא הטו״ז לעיל סימן כ״ה ס״ק ל״ח ואף די״ל מ״ש ועוד היה אומר דזה מרגלא בפיו מ״מ י״ל דבזה פליג הר״א על מורו.

ועוד מדאמר מורו יחזיר ויקנה ממנה ויחזיר ויקיים תנאו ע״כ ס״ל דלא סגי בהחזרת דמים וכבעה״ע דא״כ למה יקנהו ממנה ויחזיר לבעל החפץ מיד יכול ליתן דמיו לבעליו ואטרוחי בכפלא למה ועוד דזה עדיף דאין בידה לבטל הקידושין משא״כ אם נלריכו לקנות ממנה לכן בהאשה נתנה לו עמ״ל וא״כ קידשה בו מקודשת ומוחזר דאיכה יכולה לומר כסבור הייתי דמקדש אותי בגוף החפץ דהא לריך לקיים תנאו וחזרת דמים איכו קיום התנאי ומה תאמר סבור הייתי דיחזיר ויקנה ממני דא״כ הברירה בידה שלא למכור לו וממילא יתבטלו הקידושין וא״כ פעל לריך מה שקדשה בחפלה טרם שיקנהו ממנה והוי ליה מקידש לקנות ממנה וא״כ יקדשה בו ולא דמי כשיש לו חפץ מאחר שניתן לו עמ״ל אף דלריך שיקנה ממנה כדי להחזירו לבעליו מ״מ אפשר שיפייס את בעל החפץ שימחול התנאי או יתפייס ע״י מעות למחול התנאי ואין הברירה בידה אבל לדעת ר״א עלמו ודעת הרא״ש דכל מתנה עמ״ל מקיים תנאו כשמחזיר דמיו גם בנתנה האשה עלמה לאיש חפץ במתנה עמ״ל וקדשה בו סתם יכולה לומר סבור הייתי להתקדש בגוף החפץ והוא יקיים תנאו בהחזרת דמים וא״כ איכה מקודשת רק כשיחזיר לה דמי החפץ ע״כ כתב רמ״א דנתנה לו עמ״ל כדי לקדשה בו דאז א״י לומר כן דא״כ הוי לה מיד להתנות על דמיו וכמ״ש.

ס״ב תן מנה לפלוני בפ״ק דקידושין ד״ז אמר דמקודשת מדין ערב דאף דלא מטי הנאה לידו משתעביד והקשה ריטב״א הא בב״ב דף קע״ג ע״ב אמר בהנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשו ואיך אפשר לומר אף דלא מטי הנאה לידו משתעבד וכ״ל דרשב״ם פירש שם דשליחותיה דערב קעביד מלוה וכתבתי בערך ש״י סימן קל״א דלריך טעם הש״ס בהנאה דמהימן לו גמר ומשעבד נפשו לשלק האסמכתא כיון דכסבור דלוה יפרע אך לגוף החיוב במה שאיכו חייב לריך קנין או שטר לפיכך ל״ל דשליחותיה קעביד מלוה ולזה ה״כ לענין גוף החיוב ערב משתעבד מטעם שליחות וכן האשה מתקדשת בזה ואסמכתא ליכא הכא דאיכו ע״ת דהא תן מנה לפלוני לחלוטין וגם הנאה דמהימן לה ל״ש כאן דלא כיתן על דעת לפרוע אח״כ וכן מבואר בירושלמי פרק האיש מקדש דמטעם שליחות הוא ויבואר בסמוך.

הג״ה אבל אם הרויח זמן מלוה עפ״י א״ת וכתב החמ״ח בשו״ת רשב״א כתן טעם לד״ז דלאחר מת״מ אין ערב משתעבד ואין הראיה דומה לדין זה דבגמרא מיירי שערב בעד הקרן אחר מתן מעות אז אמריכן שלא על אמוכתו הלוהו אבל אם אמר הרחב זמן לפלוני ואני אתן לך הריוח וע״פ הרויח לפלוני למה לא יתחייב הערב במה שכעשה עפ״י עכ״ל וקשה דהא במרדכי ב״מ פא״כ כתוב בשם הראב״ן דערב לא מתחייב על הרבית בלא קנין אף דקיבל עליו בתחלת הלואה והובא בב״ח וש״ך יו״ד סימן ק״ע ומלאתי בא״מ עמד בזה ודחה דברי החמ״ח.

ונ״ל דס״ל להח״מ דדוקא ערב בעד הרבית שמחויב הלוה דיש בו אסמכתא שמא יפרע הלוה בזה כיון דלא הוליא המלוה מעות הרבית מכיסו עפ״י הערב לריך קנין משא״כ הכא מקבל עליו זה לפרוע הרבית ולא יחויב הלוה הרבית כלל דליכא אסמכתא אל״ק כיון דמלוה הרויח ז״פ ללוה מיד כגמר וא״א לחזור בו דמחילה אל״ק לכן מיד מתחייב זה שלווהו להרויח הזמן בהריוח דלמה יגרע משכרו לעשות איזה פעולה או דיבור דמיד שכעשה כתחייב בהשכירות ואח״כ מלאתי במח״א הלכות ערב סימן ב׳ שכ״כ.

ע״ב החמ״ח ועיד דמה בכך שאין הערב מתחייב ק״ס ה״א כהכית שכעשה ליוויה שפלוני כהכה על ידה ש״פ ומה לי תן פרוטה לפלוני או הרווח זמן לפלוני ואולי הרשב״א מיירי שערב גם בעד הקרן אח״ד ואיכו מובן כלל תירולו שערב גם בעד הקרן וכ״כ בעל״א דאיכו מובן וכ״ל דבעשה לי מלאכה ובשכרו אתקדש לך קי״ל דא״מ דישנה לשכירות מתחלה וע״ס יהוי מלוה ומשום דלא כתחייבה בשכר המלאכה רק כשעשה המלאכה משא״כ הכא באמר הרווח זמן ללוה ואתן לה כו״כ מיד שהרויח הזמן תו ליתיה בחזרה ומתחייב זה מיד בפעם אחת בשכרו לכן בכה״ג האשה מתקדשת ועיין קה״י הובא בפ״ת כאן סק״ד שכתב ג״כ כה״ג אמנם כשלא רלה המלוה להמתין ללוה משום דירא שלא ימלא לגבות אח״ו וגם איכו רולה שיעמוד מעותיו בחנם ובא אחד ואמר למלוה א״ל יפרע לך הלוה אשלם אני הקרן ובעד ההמתנה אתן לך כו״כ ועפ״י הרויח המלוה הז״פ ללוה כיון דהערבות בלא קנין על הקרן איכו מועיל יכול המלוה לחזור בו מלהמתין דבטעות הרויח הזמן על סמיכתו על הערב וכיון דההרווחת הזמן ישנו בחזרה גם הערב יכול לחזור מליתן הריוח דיכול לומר

לומר למלוה שחזר בך ולך גבה מן הלוה לכן אף דלא חזרו הערב והמלוה והמתין הזמן שהרויח שייך בזה דין דישנו לשכירות מתחלה ועד סוף דבכל שעה מתחייב הערב בקבלת ריוח והוי מלוה א"כ באשה בכה"ג אינה מקודשת.

ובישוב דברי הרשב"א נ"ל דבירושלמי פרק איש מקדש ה"א התקדשי לי בסלע זה ואמרה לו תנהו לפלוני מקודשת ופליגי ר"ז ור"א ח"א דהבעל נעשה שלוחו של האשה לזכות לפלוני וח"א דפלוני נעשה שלוחה לזכות לה מיד הבעל והדר זוכה לעצמו והובא בח"ר בפ"ק דקידושין דף ח' ית דעת האומר דפלוני נעשה שלוחה של האשה וזה טעמו של ערב עיי"ש ונ"ל ראיה דש"ס דילן ג"כ ס"ל הכי דף נ"ב ע"ב דאר"מ המקדש בחלקו ק"ק א"מ ואמר ר' יהודה אשה בעזרה מניין וקשה הא משכחת דדברו זע"ז בהשידוך ואמרה לו תן לפלוני בעזרה מבשר ק"ק ואתקדש לך א"ע"כ דתן לפלוני דמקודשת בדין ערב ג"כ הטעם דפלוני נעשה שלוחה וא"כ זה נכלל במה שאמר ר' יוסי וכי אין אשה עשויה לעשות לה שליח לקבל קדושיה בעזרה ולפ"ז באמרה הרווח זמן ללוה ואתקדש אני לך צ"ל כן דלוה נעשה שלוחה לזכות לה את מעות המלוה חדא דאין הלוה עושה שום מעשה רק שומע והמלוה הרווחת זמן ובשמיעה לא שייך שליחות כמ"ש הרא"ש בפירושו לנדרים דף ע"ב ועוד דמלוה להוצאה ניתנה כבר וא"י לזכותו לאחר דאינו בעין ואפילו במעמ"ש לא מהני כה"ג לפימ"ש בשו"ת מהר"ש אלשקר הובא בש"ך חו"מ סי' קכ"ו ס"א ועפ"ד כתב בשער משפט שם סק"ג דה"ה אם המחהו שיתן לו מעותיו בהלואה שאינו נקנה במעמ"ש וכן מוכח בפא"נ דף ע"א ב' ונהי לדעת מ"ד בירושלמי דבעל נעשה שלוחה ה"נ י"ל דמה שהרווח זמן להלוה נעשה שלוחה אבל למ"ד דדוקא משום דהמקבל נעשה שלוחה לזכות לה וכ"פ בח"ר ל"ל כן בשהרווח זמן לפלוני והרי דוקא משום דמקבל נעשה שלוחה וזכייתו של המקבל הוי כזכתה הוא מקודשת אבל משום דנעשה דיבורה אינה מתקדשת דזה ל"ח הנאת ממון לכן אף דכשאמרה הרווח זמן לפלוני ואתן לך רבית הל"ל דמתחייבת מתורת שכירות מ"מ כיון דלא בא לידה כלום ל"ה הנאת ממון ואפשר מה"ט גם משום שכירות לא מתחייבת כיון דלא בא לידה כלום ומבטל כיסו של חברו פטור כדאיתא בירושלמי פרק איזהו נשך ה"ג ועש"ך חו"מ סי' רל"ב ס"ז ובמח"א הלכות שכירות סח"י.

ס"ז ונתרלתה. כתב חמ"ח דזה פשוט כיון דאמרה הן. אבל אם שתקה י"ל דלא נתרצית דכסיפא לה למתבעיה וכתב המקנה אף דבקידשה בשט"ח דאחרים דעמא דא"מ משום דלא סמכ"ד ומשמע דאפילו אמרה הן הכא שאני דאינו. אלא משום כיסופא ובאב"מ ס"ק ח"י השיג ממ"ש תוס' בפא"ט דף קמ"ז ע"ב דשמא בושה לבא לב"ד ולתבוע ומבעלה מה שמחל ולכך לא סמכ"ד והאריך דמיירי התם דאמרה הן עיי"ש ולי נראה דמשם ראיה להחמ"ח ומקנה מדדייקו תוס' דבושה לבא לב"ד ולא סגי להו לומר דבושה לתבוע מבעלה א"ו דבאמרה הן לא אמרינן דלא סמכ"ד דכסיפא לה לתבעו אלא התם דצריכה לתובעו בב"ד וכדאמרינן בפ"ק דב"ב דף ה' ע"ב דבחזקת שלא נתן דאמר מי יימר דמיחייבו לי רבנן ופירשב"ם שם במשנה שאין משפט זה גלוי לכל ועד שיחייבוהו ב"ד אינו עשוי ליתן וה"נ במוחל דחיובו רק משום דד"ג ואין משפט זה גלוי לכל דהוא פלוגתא דתנאי ואמוראי ופוסקים אם חייב לשלם כולו אבל מלוה גלוי לכל דצריך לשלם ואין חסר רק תביעתה לכן דוקא בשתקה י"ל אפשר לא סמכ"ד ומשא"כ באמרה הן כיון דאין אומדנא לומר דלא סמכ"ד תו הוי דברים שבלב וכן דייק הרא"ש בפ"ק דב"מ די"ט דלא סמכ"ד כי אינה רוצה להתקדש לו ותהא צריכה לתובעו לדין אם ימחול ע"כ הרי דהקפידה דוקא משום דצריכה לתובעו לדין תדע דהא הרא"ש שם כתב דדמי הקידושין רק פרוטה ואם חייב לשלם כל שיווי השט"ח ומדד"ג לא כסיפא לה למתביעיה כדאיתא בקידושין דף נ"ח דרק בחסר דינר מוחה כסיפה לה למתבעיה וא"כ למה לא סמכ"ד שמא ימחול הרי אז תהא התביעה כל דמי השט"ח והבעל לא ירצה לשלם לה רק פרוטה ולא כסיפא לה א"ע"כ דשא"ה דצריכה לתובעו לדין והוא בזיון לאשה כדאיתא בכתובות דף ל"ז ע"ב דאינו רוצה שתתבזה אשתו בב"ד לתבוע.

ולא הכירה בו כתב הב"ש דכ"כ המחבר מבוס דאם הכירה. הרי שברה וקבלה והמקנה ואב"מ הקשו דבטור חו"מ סימן רל"ב הביא דברי הראב"ד דאם היה לפניו שק אגוזים וזה יודע שאין בו שיעור סאה וזה אומר לו הנה לך סאה אגוזים בדינר הר"ז קנה וישלים שהר"ז מכיר שלא היה בו סאה וע"ד שישלים לו נטלו עכ"ל והב"י שם כתב דדברי טעם הם וכ"ע מודו וא"כ יהא המחבר סותר א"ע ונ"ל להרך דברי הב"י דה"א לומר שמחויב להשלים רק כשברור הדבר דאל"כ המוע"ה ועכל"ל דאומדנא ברורה דע"ד שישלים נטלו וכ"ז במכר דלא כסיפא ללוקח למתבעיה אבל אשה די"ל דלא סמכ"ד וכסיפא לה למתבעיה כדס"ל לר"ה בקידושין דף נ"ח ליכא אומדנא ברורה דע"ד שישלים לה נטלה ונהי דהמחבר פסק לעיל במלא חסר דינר דמקודשת וישלים לפי מה דמשמע מהרמ"א שכתב וה"ה אם חסר דינר אחד ה"ד התם שלא מבטלין הקידושין דאם נאמר דלא סמכ"ד וכסיפא לה למתבעיה יתבטלו הקידושין כיון שלא ידעה שחסר דינר ומחלה וכדס"ל נ"א וה"ט דמ"ד דמקודשת כיון דאינו דבר ברור דלא סמכ"ד וכסיפא לה למתבעיה לא מבטלין הקידושין וכמ"ש כה"ג בהגמ"ר דקידושין הובא בטו"ז לעיל סימן כ"ח ס"ק ל"ח דאפילו אמרה האשה אח"כ אלו הייתי יודע שאינו שלך לא הייתי רוצה להתקדש לך אין בדבריה כלום דדברים שבלב אינן דברים עיי"ש ולכן הכא נמי לא מבטלין הקידושין משום סברא שאינה ברורה לומר דלא סמכ"ד וכסיפא לה למתבעיה. אבל כאן דהכירה ואנו דנין רק אם חייב להשלים אמרינן כיון דאינו ברור דע"ד שישלים נטלה המוע"ה.

ואם יכולה להוציאו ע"י הדחק ה"ז מקודשת ובש"ס איתא ויחליף וכן הוא ברי"ף ורמב"ם וטור וגם הב"י הביא לשון הש"ס ופליאה איך כאן השמיטו והב"ש כתב דר"ן כתב חייב להחליף מיהו אין עיכוב בקידושין א"ל החליף וג"ז תמוה הא הר"ן כתב ואפשר שאין הקידושין תלוין בכך ואיך פשיטא לו להב"ש ובירושלמי פרק הא"מ איתא והוא שיחליף משמע להדיא דתלוין הקידושין בכך ונהי דלגרסת ש"ס בבלי ויחליף י"ל שאין הקידושין תלוין בכך מ"מ אין זה דבר פשוט.

ונ"ל כיון דהר"ן מספ"ל אי הוה תנאי אין לבטל הקידושין לפימ"ש ריטב"א שבב"י חו"מ סימן מ"ו

מ"ו מחודש ל"ז שיהא דהאיכא ודאי והתנאי ספק אין ספק תנאי מוליא מידי ודאי מכר דתנאי וגלתא אחריתי הוא עיי"ש ולכן ה"כ כיון דיש ספק אם הוי תנאי שהקידושין תלוין בהחלפת הדינר אין מוליא מידי ודאי קידושין לכן סתם המחבר דמקודשת מאחר דאין לנו הכרע בספקו של הר"ן אי הוי תנאי אך כ"ז שלא לבטל הקידושין מחמת ספק תנאי אבל אם כנוא לחייב את הבעל לכופו להחליף יכול הבעל לומר איתי ראיה דאין זה תנאי רק חיוב דשמא הוא תנאי דאז א"א להוליא מידו דכל תנאי הברירה בידו שלא לקיים כדלקמן סימן ל"ח סל"ו ורי"ף ורמב"ם ועוד שכתבו מקודשת ויחליף שלא נסתפקו בספקו של הר"ן אלא או פשיטא להו דהקידושין תלוין בזה או פשיטא להו דהוי רק חיוב להחליף ואף די"ל דע"כ ל"כ הריטב"א סברתו אלא בנידון דידיי שכנגדו עשה חלון לחלרו של זה ברלון בעל החלר אלא דיש ספק אם היה תנאי שיוכל לסתמו כשירלה ומשום דבעל החלון כבר מוחזק בחלונו וכן נראה משו"ת הרשב"א התקע"ב הובא בב"י חו"מ סימן כ"ט דמשום דכבר ירד הלוקח בקרקע שלקח ויש ספק אם היה תנאי אין מוליאין הלוקח מחזקתו כיון דירד ברשות ומ"מ הרי כתב המל"מ פע"ו מטוען ה"א באומלע ד"ה וכחזור דה"ה אפילו לא היו שניהם תפוסים זכה המקבל ול"ע איך לא שת לבו המל"מ לדברי הרשב"א וכ"ל דספק תנאי אינו מוליא מידי ודאי מכר ה"ד דלא מעמידין אחזקת מרס קמא כיון דאיתרע ומ"מ אם המוכר מוחזק אין מוליאין מידו וכמבואר בגמ"מ דדוקא לא היו שניהם תפוסים זכה המקבל וס"ל לרשב"א דה"ה"ד אם לא יצאה הקרקע עדיין מחזקת המוכר חשוב כמוחזק דאין להוליאו למוכר ולכן גם אם לוקח ירד בה שלא ברשות מוליאין מידו כיון דמעיקרא דדינא שלא להוליא מהמוכר וכמו דס"ל לרשב"א בכל ספק דדינא הממע"ה אי תקפו אידך מוליאין מידו לכן כתב הרשב"א כיון דלוקח ירד בה ברשות אין להוליאו ועמ"ש לקמן סימן מ"א.

וא"ל דהמחבר סמך בדין ממון עמ"ש בחו"מ ס"ק כ"ז דהא י"ל קידושין שאני כמו דמקודשת משום דאיתתא בכ"ד ניחא לה ה"כ י"ל דא"כ להחליף ויש לתמוה על רשב"ם שהביא הב"י שם מכאן דמבואר דיחליף.

ס"ט התקדשי לי בכוס זה בירושלמי פא"מ הלכה ב' על משנה דהתקדשי לי בכוס זה איתא בכוס זה ובמה שבתוכו ש"פ מתקדשת וא"ל א"מ זכה בו ובמה שבתוכו אם יש במה שבתוכו ש"פ מתקדשת וא"ל א"מ לא זכה אלא במה שבתוכו בלבד וכתב הפ"מ דל"ג ובמה שבתוכו אלא זכה בו דבלשון זה לא זכתה אלא במה שבתוכו וקשה דלמא שינה מריסא וכתב כאן זכה בו וגם קשה דלא מחלק בין יין או מים ושמן ובק"ע פירש זכה בו ובמה שבתוכו דאמר התקדשי לי בו ובמה שבתוכו לא זכתה אלא במה שבתוכו ואין הכוס מלטרף לש"פ ודבר זה לא ניתן להאמר דאם אמר התקדשי לי בו ובמה שבתוכו ודאי בתרוייהו קידשה ומלטרפין לכן נראה דהגרסא זכה בו במה שבתוכו וכדאיתא בחו"מ ס"ס ר"ב א"ל משוך קופה זו ובמשיכתה קנה מה שבתוכה קנה מה שבתוכה אע"פ שלא קנה הקופה וס"ל להירושלמי דוקא אם אמר זכה דאז אינה מקדשה רק במה שבתוכה אלא דאמר שתזכה בו ע"י הכלי מה שבתוכו במשיכת הכלי או בהגבהה אבל אם אמר התקדשי לי בו במה שבתוכו ל"ל הכי דא"כ אינה מתקדשת בו אע"כ דהוה כאומר התקדשי לי בזו בזו דלמ"ד פרטא הוי לריך להיות באחת מהם ש"פ ולמ"ד כללא הוי ומלטרפין שניהם לש"פ כדלקמן בסימן ל"א ס"ה.

ואפשר דא"ל להגיה כלל דזה ודאי כשאמר זכה בטבעת זה א"מ כשלא אמר האומ"ל או דברו תחלה בעסקי קידושין כדלעיל סכ"ז וע"כ דקאי הירושלמי אמתניתין דאמר לה התקדשי לי בכוס זה וא"כ למה אמר זכה הא סגי שיתן בידה ויאמר התקדשי לי בו ובמה שבתוכו אע"כ משום דלא רלה ליתן לה הכלי לקידושין לחלוטין ובמתנה עמ"ל א"מ כדלעיל ריש סימן זה אלא דיד קונה בתורת רשותו כשכולו בידו או בהגבהה אם אין כולו תוך ידו כדאיתא בכה"מ סימן רק"ח ורלה הבעל שתתקדש מיד שבא הכלי לידה בלא הגבהה ג"ט או טפח לכל מר דאית ליה אך קי"ל כליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה לוקח כדאיתא בחו"מ סימן ר' א"כ ה"כ ידה לא תקני מה שבתוך הכלי בתורת רשותה אם לא תזכה בגוף הכלי לכן אמר לה זכה בו ובמה שבתוכו וכיון דסגי שתזכה בכלי עמ"ל דא"ל שיהא שלה לחלוטין אלא שלא יהא כליו של בעל ומתנה עמ"ל שוה מתנה והקידושין הם במה שבתוך הכלי שזה נתן לה לקידושין לחלוטין וכיון דע"כ כל עלמו שאמר זכה בו אינו לקידושין רק שתוכל לזכות במה שבתוכו בלא הגבהה ממילא כיון דסגי שיהא הכלי שלה רק בשעת שתזכה במה שבתוכו לא זכתה יותר בהכלי ולריך שיהא במה שבתוכו בעלמו ש"פ ולא זכתה בהכלי לחלוטין דמיד אחר הקידושין לריכה להחזיר לו ובריטב"א פ"ק דב"מ דף ט"ית כתב בהא דמבוך בהמה וקנה כלים שעליה דבעי ר"א אם קנה הכלים בתורת חלר דכליו ובהמתו הם כחלרו רק משום דלא נתן לו אלא בשאלה שיקנה ע"י הכלים מקפ"ל אי מהני עיי"ש י"ל דירושלמי פשיטא ליה דמהני או שאלה אפשר דלא מהני אבל במתנה עמ"ל מהני כיון דקי"ל דשמה מתנה כדאיתא בקידושין דף ו' ע"ב הוי כחלרה ותקנה ע"י מה שבתוכה ובתוס' פרק הזורק דף ע"ז ע"ב בד"ה קנתה אשה משמע לכאורה דלא כהריטב"א וכן בתוס' פ"ק דב"מ ט"ית ע"ב בד"ה משוך ובק"ע כתב דהכי איתא בתוספתא פ"ב ובאמת שם חסר כל הקיפא זכה בו וסיים שם ולא זכתה אלא בו במה שבתוכו בלבד ואינו מובן זולת כמו שפרשתי הירושלמי דלא זכתה בכלי אלא ע"י הכלי זכתה במה שבתוכו ובירושלמי פ"ק דקידושין ריש ה"ד לפימ"ש הפ"ק ס"ל לירושלמי דמשיכה בכליו של מוכר לא קניא מה שבתוכו ועוד כיון דיש הוכחה ממ"ש זכה בו דר"ל על ידו אמרינן דמ"ש ובמה שיש בתוכו אינו הוספה רק פירש מה תזכה בו במה שבתוכו אף דאמר בוא"ו וכמ"ש במהרי"ט בתשובה חחו"מ סימן כ"ג על שטר שנכתב בו פלוני נתחייב ועשה אפותקי אף דכתוב ועשה בוא"ו לאו אוסיפו קמוסיף אלא פירושי קמפרש במה נתחייבו במה שעשה אפותקי כדאיתא בפ"ק דקדושין בחזקה מנלן ותדר"י וירשתם אותה וישבתם בה במה ירשתם בישיבה אע"ג דכתיב בוא"ו עכ"ל והובא בקה"י בלבון ב"א סי' של"ה ומ"ש בקה"י דמה"ם מהרי"ט שם בסי' פ"א משמע להיפך לק"מ דבסי' פ"א היה הוכחה דהוא מוסיף עיי"ם ולפ"ז י"ל עוד בכוונת הירושלמי דיש חילוק בין התקדשי לי בו או בכוס זה ובמה שבתוכו דלשון התקדשי לי בו משמע

בגוף הכוס דהא בו מתקדשת לו אבל זכה בו יש לפרש שתזכה מה שיש בו לכן כשאמר עוד ובמה שבתוכו אמרינן דהוי פירש במה תזכה בו במה שיש בתוכו וכיון דלא אמר התקדשי לי בו ובמה שבתוכו אלא זכה בו ובמה שבתוכו יש הוכחה לפרש כן ונזה ראיה למהרי"ט דגם בלשון בני אדם י"ל וא"ו אינו מוסיף רק פירש מחמת הוכחה.

סימן למ"ד

בכסף ואם א"ל טלי קידושיך מעג"ק כתב מהרי"ל בתשובה סימן ע"ח דל"ה קידושין דאל"כ מי שיש לו מעות במק"א והאשה שם א"ל שליח אלא יאמר או יכתוב לה שתקח אותן המעות ותתקדש בהן והאב"מ דחהו דודאי ל"ל לה בפני עדים האמ"ל ואם יכתוב לה שתקבל מפלוני לפוסקים דכתיבה כדיבור אה"כ דמהני ולפוסקים דלאו כדיבור ה"ה ל"מ כתיבת האמ"ל בכסף את"ד ולי ל"ע הא קי"ל בפ"ק דקידושין דף ו' ע"ו ולעיל סימן כ"ז דהיה מדבר עמה עע"ק ונתן לה כסף קידושין אע"כ בשתיקה מקודשת ופרש"י שם דמסתמא לשם קידושין נתן והאשה קבלה לשם כך וא"כ למה יגרע אם כתב לה אף דכתיבה לאו כדיבור הא א"ל דיבור רק גילוי דעת דלשם קידושין נתן וקבלה.

אך מכיין למהרי"ל דזה ל"מ ונראה דלקמן סימן ל"ה ס"ו מבואר דלריך דין שליה בשליחות קידושין ועכו"ס פסול לפי שאינו ב"ב ועבד לפי שאינו בתורת קידושין וכן חש"ו פסולין ולפ"ז אפילו ראו העדים והאשה דזה שולח לה הכסף לקדשה ע"י אותם פסולים א"מ ואם טלי קידושיך מעג"ק מהכי מה לורך לדין שליחות הא השליח מעשה קוף בעלמא עשה להוליך לה הכסף והאשה בעלמה נטלה הכסף לשם קידושין והאיש שלח לשם קידושין דעדיף מהיו עסוקין בע"ק דכאן חזינן כמי דלשם קידושין שלח וקבלה ובמתכה ומו"מ מהכי כמ"ש בכה"מ בסי' קפ"ב ס"ב ולמה יגרע קידושין אם לא דטלי קידושך מעג"ק לא מהכי דילפינן ויצאה והיתה ולריך שיתן לה האיש הכסף קידושין להכי לריך שיהא השליח בר שליחות דאז שלוחו כמותו כאלו כתן הוא ויש לדחות עפימ"ש בתוס' גיטין דס"ו ע"ב בסד"ה הא כתב הגט ולפי מה שפירש הפכ"י שם בד"ה א"כ עיי"ש דהיכא דעשה שליח לריך שיהא כשר לשליחות אף דמלאו באשפה כשר וא"ל שליחות בכתיבת הגט מ"מ אם ליוה לשליח אף דטעה וכסבור דמהכי שליחות כזה מ"מ אכן פסלינן ליה וה"כ אף דטלי קידושך מעג"ק מהכי מ"מ כששלח ע"י שליח לריך שיהא כשר לשליחות.

ע"ב בהב"מ דבפ"ב דקידושין דף מ"ח איתא דקידשה במלוה שי"ל אלל אחר במעמ"ש מקודשת ומעמ"ש אינו אלא כמו זכיה שזוכה הלוה החוב למקבל ומה"ע כתבו תוס' בפ"ק דגיטין די"ג ע"ב דבלוה גוי ל"מ מעמ"ש וא' כיוא דבטלי קידושך מעג"ק א"מ א"כ ודאי ה"ה אם יהא הכסף עג"ק ויאמר זכי הכסף להאשה ותתקדש כמי ל"מ כיון דהבעל לא כתן וא"כ היכא מהכי מעמ"ש לקידושי אשה כיון דליכא נתינה מיד המקדש דמלוה להולאה ניתנה אלא מוכח דמתקדשת בטלי מעג"ק א"ד ול"כ דודאי אם כספו של המקדש מונח עג"ק ואומר לאחר זכי הכסף להאשה ותתקדש הוי שפיר נתינה מיד המקדש דבזכי לריך להיות שלוחו של בעל הממון כמ"ש תוס' בפא"כ דף ע"א ע"ב ובחידושי ר"ן פ"ק דב"מ דף י"ב ובירושלמי בגיטין פרק התקבל ה"א א"כ הוי ככתן לה ע"י שליח שלו ואף לפימ"ש בערך ש"י חו"מ סימן קפ"ח דהזוכה נעשה שליח לכותן ולמקבל מ"מ הא בגט כמי מהכי אף דהאשה כטלתו רק הבעל סייע לה כדאיתא בהזורק דף ע"ח דעייק לה חכליה ושלפתו מאחוריו ולקמן סי' קל"ח ס"א א"כ ה"כ דהזוכה נעשה שלוחו ושלוחה וא"כ ה"כ במעמ"ש במלוה דל"ל דלוה זוכה למקבל דכעשה שלוחו של מקבל דהא מלוה להולאה ניתנה והמעות עכשיו שלו והוא בעל הממון כמבואר בתוס' פא"כ דף ע"א ע"ב וא"כ איך זוכה בשלו לאחר דהא מבואר ברא"ש בב"ק דף ק"ב דאין אדם זוכה בשלו לאחר אא"כ יזכה לו ע"י אחר ועכל"ל דעשאוהו למעמ"ש כאלו החוב פקדון בידו והמפקיד מזכה למקבל ע"י הנפקד א"כ לא הוי כטלי מעג"ק דהא הנפקד שלוחו של מפקיד כמי.

ע"ב האב"מ דלפמ"ש בסימן קל"ו דשיטת תוספת ורא"ש בגט שנתן לה לפקדון ואח"כ מגרשה בו ל"מ כיון דלא נתן מתחלה לגירושין א"כ הא תכי בקידושין דמ"ז התקדשי לי בפקדון שי"ל בידך מקודשת ועכל"ל בקידושי כסף מקודשת בטלי מעג"ק א"ד ונראה לפימ"ש הרא"ש בפ"ק דפסחים דנפקד משאיל רשותו למפקיד וקרוי ביתו דמפקיד וכ"כ רשב"ס הובא בטו"ז חו"מ סימן קפ"ט א"כ בפקדון דמעיקרא הרשות של מפקיד וכשמקדשה מסלק עלמו מהרשות ונעשה רשותה ל"ה טלי מע"ג וכדמוכח בהזורק דע"ז ע"ב בשא דתיזל ותיחוד כמ"ש תוס' שם כיון שהגט בא מרשות הבעל לרשותה הוי כאלו נתנו לה והא דמייתי האב"מ מהרא"ש ותוס' היינו בגט בידה ומשיחה בידו וכן הא אל תגרשי אלא בב"ד פלוני התם מחזקת הגט להתגרש בו ואינה משאלת המקום דללורכה מחזקת בו וכ"כ במקו"ח סי' ת"מ לענין משכון כיון דללורכו מחזיקו בביתו אינו משאיל מקום לבעל החמץ ע"כ הוללכו הרא"ש ותוס' לומר כיון דלשם גירושין נתן לה לא הוי כטלי גיטך מעג"ק ולפ"ז י"ל לשון הברייתא שבירושלמי פרק האיש מקדש התקדשי לי בפקדון שי"ל בידך והלכה ומלאתו שנגנב או כאבד אם נשתייר שם ש"פ מקודשת דיל"ד במלת שם מאי בעי אלא דכה"מ בפתיחה לסי' ר"י כתב דאין רשות הנפקד קנוי למפקיד רק בייחד לו מקום וכמ"ש מהרי"ט וקלו"ח ס"ל כיון דאושלי מעיקרא לכל מקום שיניחו כ"מ מקומו דמפקיד הוא עיי"ש וא"כ למהרי"ט וכה"מ דדוקא בייחד לו מקום קנוי המקום למפקיד לכן ה"כ דוקא אם נשתייר שם במקום שהונח מתחלה דאל"כ הוי כטלי מעג"ק וגם לקלו"ח דוקא בהניחו הנפקד מדעתו אזי אותו המקום שאול למפקיד אבל טלטולהו אחרים בלא דעת הנפקד ממקום למקום הרי מקום שני לא השאיל הנפקד למפקיד דכהי דאושלי מעיקרא לכל מקום שיניחו היינו מקום שיניחו הנפקד דהוצרכר דמשאיל לו אותו מקים ע"כ לריך דוקא אם נשתייר שם במקום שהונח מדעת המפקיד ועדיין ל"ע מהא דאמרינן דרשב"א ס"ל מלוה ברשות בעלים לחזרה ולכן מתקדשת במלוה אם נשתייר ש"פ וכדאיתא בפ' הא"מ מ"ז ב' והתם הלוה מחזיק המעות ללורכו ולא השאיל המקום למלוה ויהא כטלי מעג"ק ואפשר דכיון דס"ל לרשב"א דמלוה ברשות בעלים לחזרה מעיקרא כתן לו רק שיהא פקדון עד שיוליא המעות והדר דינו כפקדון דרשות הנפקד קנוי למפקיד כיון

כיון דאפשר יזדמן למלוה עסק טוב וילטרך המעות וילוה שכ״ז שלא יוליאן הלוה יהא לפקדון לבד אבל בגט מה דרולה שלא תתגרש מיד כדי שיוכל לחזור מלגרשה אבל לאו ללור עפ״י ללימותו כדפריך בב״ב דע״ו וכי ללור עיי״ש בתס״ז וא״כ אינו לריך שיהא פקדון בידה.

ובשו״ת ח״ס א״ע סימן פ״ב כתב דפקדון כיון דנעשית שומר ידה כידו וכשמקדשה נשתנה מידו לידה הוי כנתן בידה משא״כ בגט דבשטרות לא נעשה שומר עיי״ש וכן מבואר במלחמות פ״ב דב״מ אהא דרבה שלע דבנעשה שומר יד שומר כיד בעל השלע ומונח ברשות הבעלים דמי ולפ״ז א״ש הא דמלוה בח״ב לחזרה דהאשה יש לה דין שומר על המעות טרם שתוליאם ונראה דגם לפימ״ש י״ל הך עפיומ״ש מהרי״ט בפרק הא״נ שם דכל שהמעות בעין כיון דנתרלה הוא לקדש בהם והיא נתרלית להתקדש דעתה להפקיע זכותה אללו כדי שתתקדש בו דכה״ג אמרינן בקידשה בגזל שלה ואמרה אין עיי״ש ודבריו ל״ע דבשלמא בגזל שלה שביד הגזלן יכול לזכות אם מקנית לו דידו קונה לו אבל במלוה דכבר קנתה והמעות שלה לדידן דקי״ל דאינו ברשות בעלים לחזרה דעלה קאי מהרי״ט עיי״ש אף שדעתה להפקיע זכותה במה יזכה המלוה כיון דאין המעות בידו אמנם למ״ד דמלוה ברשות בעלים לחזרה הרי הממון שלו אלא דהוי כטלי מעג״ק לזה י״ל שפיר כיון דרלונה להתקדש אקנויי אקני לו מקום המעות כדי שיהא המעות מונח ברשותו וע״י הקידושין תלא המעות והמקום מרשותו לרשותה ותו לא יהא כטלי מעג״ק דכיון דא״כ לקנות המקום רק בתורה שאלה שיהא באותו רגע מעותיו מונח ברשותו קני בתשמיש זה וכמ״ש הקלו״ח ס״ קפ״ט דלשאלה לתשמיש קונה במה שמונח שם שפלו וגם הנה״מ מודה בזה דמה שהשיג שם על קלו״ח לא שייך כאן עיי״ם ובבכורות דף ח״י ע״ב אמר אקנויי ליה מקום בחלרו דניחא ליה דליתעביד מלוה עיי״ש אף דלא אמר דמקני לו המקום וכ״כ בפרישה סימן ש״כ בנוכר פרה מעוברת בכסף אף דלא פירש דמקני המקום אדעתא דרבנן מקנה ודעתו כמי אמקום כדאמרינן בא״ע סימן כ״ח גבי משאיל טבעת לקדש בו אשה וכתב בחידושי רע״ק ביו״ד שם סימן רל״ד דדוקא במידי דמלוה אמרינן דדעתו שיהא באופן המועיל וכיון דאינו מועיל בלא קנין המקום אמרינן דהוה כפירש דמקנה המקום עיי״ש לכן ה״נ בקידושין הוי כפירשה דמשאלת לו מקום המעות כדי שיועילו הקידושין משא״כ בגט דאין מלוה שתתגרש.

ולפ״ן מה שכתב הא׳ב״מ דמדברי הרמ״פ והרמ״א לעיל סימן כ״ח ס״ה שכתבו בחטפה מעות מאיש ואמר לה התקדשי לי בהן דאם שתקה א״מ משמע דבאמרה הן מקודשת מוכח דטלי מעג״ק מקודשת ולפימ״ש אינו ראיה דכיון דאמרה הן נעשה מיד פקדון אללה וכמ״ש הב״ש שם סקט״ז וא״כ כשאה נ״כ מקום המעות מושאל אללו וע״י הקידושין נשתנה מרשותו לרשותה ליה כטלי מעג״ק ועמ״ש בסעיף ג׳.

ורשד״ם חא״ע סכ״ד הוכיח דטלי מעג״ק בקדושין מקודשת מברייתא בפ״ק דקידושין ד״ח ע״ב התקדשי לי במנה נטלתו וזרקתו לים א״מ ואם איירי שהוא נתן לה לא הל״ל נטלתו אלא התקדשי לי במנה וזרקתו לים עיי״ש.

ולכאורה אם נימא דנטלתה ומעלמה מעג״ק מקודשת הל״ל דשמא תחלה נתרלית להתקדש ותכ״ד חזרה ובקידושין תכ״ד לאו כד״ד דאם לאו לקידושין נטלתה למה נטלתה הא ממילא כשישאר מונח עג״ק איננה מקודשת א״ו דנתן בידה ואם היה נשאר בידה היתה מקודשת לכן זרקתו לים והוכיח שע״ת דלא נתרלית לקידושין אלא נראה דאמר נטלתו והרקתו דתיכף שנטלתו זרקתו דאם אחר כ״ד לא מהני וכ״כ חכ״ל סי׳ קט״ו דלאחר כ״ד ל״מ.

ומ״ש הסת״ם דבפקדון ל״ה כטלי גיטך מעג״ק משום דנעשית שומר וידה כידו ל״ע דא״כ בהא דתנן ככסי שט״ח זה דמהני אם אמר לה א״כ הר״ז גיטיך הא בגט ושטר אין דין שומרין וגמרא דפריך הא הוי טלי גיטיך מעג״ק לא פריך רק אהא דשלפתו כמבואר ברא״ם שם בגיטין דף ע״ח.

ס״ג ואותו המקום של שניהם בעיא דרב ביבי בפ״ק דקידושין ד״ח ע״ב וכתב שם בח״ר אף דבמכר אין קונים זה מזה בשהניח על קרקע חלר המשותף כיון דמחזיר לקדשה מושיל לה המקום א״ד כונתה לדמותו ואינה רולה להתקדש א״ד ויש להבין חדא עדיין מ״ם ממו״מ דאין קונין זה מזה ועוד במה קנתה המקום בלא שום חזקה ול״ל כמבואר בבכורות דף ח״י ע״ב דאקני ליה מקום בחלרו דניחא ליה דליתעביד מלוה בממוניה ואף דזה רק לר״ע ורע״ק פליג הא שם קאמר טעמו של רע״ק כיון דאית ליה פסידא לא מקני וכתבו תוס׳ שם דגם בלא שום קנין קונה משום דגמר ומשעבד נפשו וכ״ל דס״ע דע״י הקנין חזינן דגמר להקנות ולקנות ולולא הקנין אפשר דלא גמר בלבו וכמ״ש הרמב״ם פ״ה דמכירה ה״ג וזה דוקא כשאין אומדין דעתו להקנות רק חזינן דאומר בפיו לריכין קנין דע״ז נדע דגם בלבו גמר אבל כשלא אמר כלום רק מחמת אומדנא אמר דאקנויי אקני משום דניחא ליה דליתעביד מלוה מגילא האומדנא מועיל בלא קנין דהא האומדנא על מה שבלבו ועכ״פ חזינן דמשום דמלוה הוא אקני וגמר א״כ ה״כ שאני קידושין ממקח וממכר דבמו״מ אפשר לא מקני ואפשר לא גמר ומזה ראיה למ״ש לעיל בס״ב שו״ר בא׳ב״מ דכתב לפרש דברי ח״ר בהתוס׳ מבכורות הנ״ל והתוס׳ שם כתבו דהבעיא משום דהשלע של שניהם אפשר דסומכה דעתה והקשה מהרי״ט בחי׳ שם אפילו סמכ״ד עדיין במאי קנתה הרשות דהא לריך שהקידושין יבואו לידה או לרשותה עיי״ם ואישתמיט ליה דברי התוס׳ בבכורות ועמ״ש במהדורא בתרא.

ס״ד ד״א כתב בחידושי רמב״ן בגיטין דע״ח דטעמא דמאן דמקדם אדעתא דרבנן מקדש דד״א ד״ת אין קונות וא״ל כל שיכולה לשמור ותקנתא דרבנן בגט משום עגונות ומשום לתא דגיטין תקנו בקידושין משום וילאה והיתה וכ׳ הא׳ב״מ תינח בגיטין דאפקיענהו לקידושין אבל בקידושין איך מקודשת מדאורייתא ול״ל דאפקו לקידושי שני דלא אשכחן בקידושי דרבנן דלא תפסי קידושי שני וכל קידושי דרבנן רק לשלריכה גט וא״כ מה בין קרוב לה דתנן דמקודשת ובין ממ״מ דמקודשת וא״מ הא בשניהם רק לריכה גט ונראה דשאני קידושין כיון דמדרבנן קנתה הרי הגיע לה הנאה ממתו וכמ״ם הר״ן ס״פ הא״מ לענין דמי א״ה ולענין קידשה בגזל אחר יאוש ומשום דהוי כרקוד לפני וכמ״ם בנס״מ סימן שמ״ח אלא דקשה ממ״ם בחי׳ רמב״ן בפ׳ המוכר את הספינה דף ע״ז להוכיח

להוכיח דמכשט״ה מדאורייתא מדאר״מ בקידושין דמ״ה דקדשה בשט״ח דאחרים מקודשת וגם תיכן הא״בית כדחה בזה אך נ״ש י״ל דקכין דרבנן בעלמא כגון מכשט״ח דאין התקנה משום דרבוכם שיועיל בקידושין אלא כיון דתקנו לענין ממון ממלא ה״כ בקידושין אבל לא אכפת להו שיועיל בקידושין כדאורייתא כשאר בקידושי דרבנן לבד כיון דלא עלה ע״ד המוקדש ומתקדשת דתתקדש בהנאה שמגיע לה מאמתו אלא דעתם שתתקדש בגוף השט״ח ובשיעבוד שבו וכמו מלוה אפרועה דעתה אפרועה אבל בקכין ד״א וביכולה לשמור דתקנו שתתגרש לגמרי משום תק״ע ומשום וילאה והיתה רלו שגם בקידושין תתקדש לגמרי באופן המועיל ואפשר שתקדש לגמרי בהנאה שמגיעה מאמתו דעת רבנן שתתקדש באותו הנאה וכיון דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש הוי כפירש שתתקדש באותו הנאה וכיון דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש הוו כפירש שתתקדש באותו הנאה ואף דקידשה בשטר א״א לומר הכי מ״מ אין דכין אפשר מא״א וכל מה שהיו יכולים להשוות קידושין לגיטין השוו.

אמנם מלשון רמב״ם וכה״פ משמע דלא חלקו בזה בין קידשה בכסף לקידשה בשטר לכן נראה דשאני קידושי דרבנן דעלמא כגון קידשה במעמ״ש דהתקנה היתה בעלמא רק ממלא הוי קידושין דרבנן כמי אבל הכא דרלו להשוות קידושין לגט משום וילאה והיתה לכן כמו בגט דאפקיעכהו לקידושין משום תק״ע ה״כ בקידושין אם בא אחר וקידשה הפקיעו קידושי השני וגם ר״ן יודה בזה דלא כאמ״ה סק״ה ובקו״א למקנה כתב להקשות על רמב״ן מיבמות דף כ״א דספק ק״ל בגט מדאורייתא מוקמינן לה אחזקת א״א ואם בק״ל אפקיעו חכז״ל הקידושין ואין כאן הזקת א״א אדרבה כיון דהוי קרוב לה דאקמוה בחזקת פנויה א״ד ולק״מ דהא מבואר בתוס׳ פ׳ השולח דף ל״ג בד״ה ואפקיענהו דגם כה״ג חשוב חזקת א״א כיון דאכו החזקנוה כך ובתב״ש סימן ח״י ס״ק כ״ע הביא עוד ראיות דכה״כ חשוב חזקה.

ס״ה ספק ק״ל עב״ש בשם מהר״ס ובקו״א של מקנה כתב דדברי הוס׳ בגיטין ע״ח שהקשו ליסכי דל״י הי מנייהו קדים משמע דלא כמהר״ס ולפימ״ש בנה״מ בכללי תפיסה סק״ז דמהר״ס לא אמר רק כשלא ראו כל מה דאפשר לראות בשעת מעשה דאין שם עדים עליהם א״כ אף דלא ידעי הי קדים מ״מ אז כשבאו לתוך הד״א לא היה עדיין כ״מ רק אח״כ כשקידשה ובשעת קידושין לא היה אפשר להם לראות מה שהיה מעיקרא בזה מודה מהר״ס דהוי ס״ק.

ובשו״ת נייתכי איתא עוד טעם דאוקמה אחזקה ובכו״ב ובמקנה כתבו משום דעדים אוקמוה אחזקה הוי כמקדש בלא עדים ובית מאיר הקשה הרי שניהו כתן הוא ואמרה היא ספקא הוי וכמי כימא שהיא בחזקת פנויה א״ו דהיכא דאהרע החזקה ע״י מליאת המעורר על הספק עכ״פ במעלת יוחסין מדרבנן לא מוקמינן אחזקה עכ״ל ובקו״א המקנה כתב דתמוה דא״כ בכל ספק קידושין כגון שמא ש״פ במדי ובקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה בסימן ל״ג ועי״ש שם לי דחיישינן שמא י״ל ושמא הרהר תשובה כדלקמן סל״ח למה הוי ס״ק.

ונ״ל דכפי בכל מערבין אמר רבא דבתרי חזקה מקילין גם בתרי ותרי אבל משום שלא חזקה לא מרעינן סהדי כפרש״י שם וקשה דבפד״א דל״א מוקי רבה ור״י משנה דסק״ל בתרי ותרי והתם כמי איכא תרי חזקה חזקת פנויה וחזקת כסף הקידושין דמעיקרא היה שלו וכהי דרבה ור״י בפי׳ בכ״מ לא מחלקי בין חדא חזקה לתרי חזקות בתרי ותרי מ״מ איך יתורץ לרבא ול״ל בשלמא בשאר איסור דחדא חזקה מכריע לקולא בספק אזי כשכתוסף עוד חזקה מכריע גם בתרי ותרי אבל במעלת יוחסין דגם בשאר ספק לא מכרעת חדא חזקה א״כ בתו״ת אף דכתוסף עוד חזקה לא מרעינן לסהדי כיון דגם זולת תו״ת לא מהכי חדא חזקה ליכא רק חזקה אחת כנגד תו״ת א״כ כהי דבמעלת יוחסין לא מקילין משום חזקה אחת אבל כשנוסף עוד חזקה מקילין כשהספק איכו משום תרי ותרי וכה״ג אמרינן בפ״ק דכתובות דע״ו דמשום מע״י לא מקילין בחד רובא רק בתרי רובא אך חזקת ממון מה יועיל כיון דהמקדים בעלמו כתן לה על אותו ספק הוי תפיסה ברשות דקי״ל דאין מוליאין מידו אף דמתנגד לאמ״ק אבל בספק קרוב לה דאכו מסופקין אם בא לרשותה כלל מהכי חזקה דמעיקרא לענין הממון ואף כשתפסה אח״כ הוי תפיסה שלא ברשות לאחר שנולד הספק וא״כ אכו דכין על הממון ועל הקידושין ויש תרי חזקה ול״ש כל הכהו קושיות ולפימ״ש לעיל בסימן כ״ז בכתן הוא ואמרה היא אף שיתבטלו הקידושין מ״מ זכתה בכסף משום דכתייאש כשבא לידה ג״כ מתורץ קושית הב״מ מכתן הוא ואמרה היא כיון דבין כך ובין כך ילא הכסף מחמ״ק ועמ״ש לקמן בסי׳ קע״ג.

סימן ל״א

ס״א מקודשת כי ב״ש אם מקדש בא״ע מבואר ברש״י ותוס׳ דאין הקידושין חלין אף לאחר שכישום והב״מ הקשה מרש״י ותוס׳ בפסא״מ דף כ״ג ע״ב דכתבו אם קדשה במע״ש אין השידוכין חלים עד שתגיע לירושלים דבגבולין אין ש״פ וא״א שיחולו והשתא ומה התם שודא׳ לא שמכה דעתה בשעת קידושין דהא מע״ז איכס חלים מעתה כ״ש הכא עיי״ש ונראה דהיא הכותכת דהתם דודאי א״א שיחולו מעכשיו דעתם שיחולו כשיהא ש״פ דהא קי״ל בכתובות דף ע״ד דאדם יודע דבפחות מש״פ איכו קידושין ובפ״ק דבכורות דף ט״ת ע״ב אשה יודעת שאין מע״ש מתחלל על ידה ועולה ואוכלת בירושלים ובחו״מ סימן קל״ה ס״ה בהג״ה מבואר דבסתם אמרינן דהוי מעכשיו באופן המועיל דודאי בכדי לא הוה עביד וכתב שם הכה״מ דבלא ה״כ כ״מ סתמא הוי מעכשיו רק מיירי דלולא הטעם דבכדי יש הוכחה לומר דכ״ה מעכשיו עיי״ש וא״כ ה״כ כיון דבכדי לא עביד ודאי דעתם שיחול לאחר שיהא ש״פ וזה דוקא במה דיודע שאין קידושין בפחות מש״פ משא״כ באבנים טובות ל״ל כן דפליגי וסתמא דעתם שיחולו הקידושין מעכשיו וכיון דמעכשיו לא חיילי תו לא חיילי.

והה״מ פ״ז מהא״ה הח״י כתב דמלשון רמב״ם כראה שמפרש דאפילו ר״י לא אמר שיתבטלו הקידושין כיון שלא כשימו קודם קבלתה כמו שפרש״י ז״ל אלא שאין הלין עד שיהיו כשומין ומ״מ לענין דיכא לא כ״מ לן מידי דהא איפסקא הלכתא דשיראי ל״ל שומא ומ״ם הרמב״ם והיו של משי שהאשה מאמדתן כראה שהוא סבור שאין הדין כן בכל דבר עכ״ל ותמהו מהרי״ט ולח״ס דהה״מ סותר א״ע מיניה וביה דהא כ״מ בדברים שאין מאמדתן דאף דלריך שומא מ״מ יחולו הקידושין אחר שומא וכ״ל דשיעור דברי הה״מ ומכל מקום אף דמלא פירש לאריכות לשון הרמב״ם עדיין קשה לענין דיכא לא כ״מ מידי ולא

ולא ה"ל לרמב"ם לומר רק מקודשת וקתמא כמו בכל מקום דמקודשת בשעת קידושין וכן סתם כאן המחבר אלא מכח זה וממ"ש הרמב"ם וכו' נראה שהוא סבור שאין הדין כן בכל דבר וא"כ יש כ"מ ובזה מדויק דברי הה"מ דהפך הסדר דתחלה ה"ל לומר הך וממ"ש דזה כתוב ברמב"ם קודם.

אך לפי המבואר בנדרים פ"א דף פ"ה ע"ב דקתם גמרא פריך וכי אמרה הכי קדשה והא משעבדן ידיה לבעל ומשני דאמרה לכי מגרשה ופירש הר"ן דאפילו לנ"ד אדם מקדים דבר"ל פריך דכה"ג לא מהני דאפילו איהו לא קאמר אלא באומר בפירש ביחול אותו דבר באותו זמן שאפשר לו לחול כהאי דתנן לאחר שאתגייר אבל כתמא ודאי מהשתא משמע וציי"ש דפירושו מוכרח וא"כ ה"נ ל"ל במידי דצריך שומא וא"א לחול מהשתא שיחול אחר בכישוס כיון דלא פירש להדיא שיחול אח"כ וע"כ רק רב יוסף ק"ל שיחול אח"כ ומאיזה הכרח למד הרמב"ם כן ואפשר משום דהל"ל רבה אמר מקודשת ור"י אמר א"נ ומדאמר לריכי שומא משמע דמקודשת אחר שכינוס ולפי מ"ש באס"ז גם בנדרים אהא דאמר רב יוסף שאני קונמות פירש מן שנה ק"ל לר"י התם אף שאינו אל מעכשיו מ"מ מ"ל לאחר דאפשר להול גם כשאמר סתם ולפ"ז לדידן לא כ"מ כלל דבמידי דלריכי שומא איכה מקודשת כלל גם אחר שכישוס תדע דהא בפ"ב דקידושין דף נ"ח אהא דקידשה בש"ח דאינה מקודשת משום דלא שמכ"ד דשמא ימהול לא אמר דאם לא מהל מקודשת מאז בגבתה וכן כתבו כה"פ אע"כ כיון דלא חלו הקידושין מיד תו לא חיילי ורב יוסף ע"כ מוקי לה באוקימתא אחרות דאיתא התם.

ועוי"ל נהי דדייק הה"מ מרמב"ם דדוקא בשראי הלכתא דא"ל שימא ולאו בכל מידי מ"מ לא איפסק הלכתא כר"י ונשאר בספק ואם כן הוא ספק מקודשת וא"ל להחזיר הקידושין לרמב"ם דבכל ספ"ד א' תפס לא מפקינן כ"ש הכא דבא לידה ברשות וא"כ א"א שיחולו הקידושין לאחר שומא דעדיף מגזלה ממש דא"י לקדשה בו כדעת השא"י שבב"ש סימן כ"ח ס"ק ע"ז דהתם יכול להוליא בדיינין וכאן א"י להוליא ול"ל ממ"כ דהא אפילו תימא דאינה מקודשת והממון שלו מ"מ כיון דא"י להוליא בדיינין א"י לקדש בו וא"כ לא כ"מ לדבר שאינו שיראי כיון דלא ידעינן הלכתא ועוד כיון דבשיראי דמתאוה לכן גמרה ומיקנייא כשבה א"כ בכל מידי יש ספק שמא מתאוה דיש רולה במתני יותר מבשראין ואולי דבר זה לריכה ושבוב אלנה אבל ר"י ע"כ ק"ל גם בשיראי ודאי א"מ מדהביא ראיה ממגל זה לפדיון דלא אמר כלום לכן אלין הקידושין כשכישום ועתמ"א לקוון סי' כו"ן סוף סק"ד דרמב"ם ל"ל דבס"ק חייבת להחזיר הקידושין והמקנה בקו"א שם כתב דבס"ק א"י להוליא הקידושין מידה דהממע"ה ועמ"ש בסמוך ס"ה.

ועוי"ל דברמב"ם פ"א מזכיה ה"ד כתב ישראל אינו קונה קרקע מעכו"ם אלא בשטר שאין דעתו סומכת אלא על השטר לפיכך ישראל שלקח שדה מעכו"ם ונתן הדמים וקודם שיחזיק בה בא ישראל אחר והחזיק בה כדרך שמחזיקין בנכסי הגר זכה אחרון וכתב הה"מ הא אם החזיק הראשון אע"ג שלא הגיעו השטר וא"כ החזיק השני זכה הראשון ולראב"ד ורשב"א ס"ל דלא זכה הראשון והקשה הכ"מ סא כתב הרמב"ם דישראל אינו קונה מעכו"ם בחזקה ותיכן כיון דעכו"ם קיבל הכסף נסתלק ולא הוי קרקע דעכו"ם אלא של הפקר ואעפ"י שזה אינו מתכוין לזכות מן ההפקר מ"מ כיון שהחזיק לשם קנין עלתה לו חזקה עכ"ל ול"ל ואף דישראל לא שמכ"ד בלא שטר כיון דעכו"ם אנס ובלא שטר יגזול ממנו ומה יועיל לו אם רפק בה פורתא ול"ל בשלמא קנין מעות אינו מועיל כיון דירא שהעכו"ם לא יניח הקרקע בידו וירא להפסיד מעות לא גמר ליתן המעות בכל לבו עד שיהא לו שטר לכן אין המעות קונה משא"כ חזקה אין ריעותא בהקנין והנה בהג"א פא"כ כתב הא דמחילה בטעות קונה דאף דטעה מ"מ נתייאש מהמעות והוי יאוש וזכה זה שבידו הממון מהפקר ועמ"ש בסימן כ"ז א"כ ה"כ נהי דהמקדש שקידש בלא שומא טעה דל"ל שומא ואדעתא דקידושין כהן מ"מ נתייאש ומשיראי דסבור שנתקדשה והן שלה וזכתה בהן מהפקר אף דלא נתכונה לזכות מהפקר רק מהבעל לשם קידושין מ"מ החזיקה בהן לשם קנין וקנתה וכמ"ש הכ"מ התם ואף דלא שמכ"ד זה הוי ריעותא במה שמקדשה כשבה במחיר השיראי דירא שמא אינו שוה חמשין זוז ודעתה להתקדש רק בחמשין זוז אבל במה שהחזיקה בהשיראין ברשותה אין ריעותא והוא מטעם כהחזיק בשדה וא"כ איך אפשר שמתקדש באותן שיראין אחר שכישומי כיון דכבר אינן של המקדש והרשב"א שהביא הב"ש שכתב דא"ל להזיר וליטלו המינה דהוי כפקדון בידה אזיל לשיטתו דהתם בשדה נמי ק"ל אף דהחזיק הראשון לא קנה השדה כיון דלא שמכ"ד והנה סברת הכ"מ תליא בפלוגתא דרב יוסף ואביי ביבמות דף כ"ב ע"ב אהא דתניא החולץ ליבמתו וחזר וקידשה אם קדשה לשם אישות לריכה גט ואם לשום יבמות א"ל גט ואמר רב יוסף מ"ט דהוי כעודר בנכסי הגר וכסבור שלו הן דלא קנה א"ל אביי מי דמי התם לא מיכוין למקני הכא קמכוין למיקני הא לא דמיא אלא למודר בנכסי גר זה וכסבור של גר אחר הוא דקני עיי"ב דה"נ מיכוין למקני מהעכו"ם ובאמת הפקר היא דקני לאביי אבל לרב יוסף ל"ק וכן כאן נתכונה לזכות השיראין של המקדש ובאמת הפקר הן ולכן לרב יוסף אף דלא חלו הקידושין עדיין בכישוס עדיין לא זכתה בהן אף דנתייאש המקדש מכח טעות וביאוש אינו יולא מרשותו עד שיקנה הזוכה כמ"ש קלו"ה ונתיבות בחו"מ בכ"ד לכן חלין הקידושין אחר שכישוס משא"כ לדידן דק"ל כפרכא דאביי מיד זכתה הלשה מכח יאוש וא"א שתתקדש בהן אח"כ לכן שפיר כתב הה"מ אף דלרב יוסף חלין הקידושין אחר שכישום ליכא כ"מ לדידן היכא דלא נתקדשה במידי דלריך שומא.

ס"ג במה ה"ש במק"ז לרמב"ם אם ש"פ בנמלא מקודשת ונדאורייתא וכתב ב"מ דלשיטת מהר"ם בשימן לנ"ד ש"ה דבספק מליאות מוקמינן אחזקה מ"מ איכו מוכרח דפליג הכא אהרמב"ם כי י"ל דספק העומד להתברר לא מוקמינן אחזקה עכ"ל לכאורה לא משמע הכי בר"פ האשה בתרא דיבמות בהאשה שהלך בעלה ולרתה או חמותה למדה"י דאמר שם דמוקמינן לה אחזקת היתר לשוק ואחזקת היתר ליבום והתם נמי עומד להתברר דהא במדה"י ידוע אם ילדה לרתה או חמותה כמו הכא דיש עדים אם ש"פ במקום אחר גם בכו"ב סימן כ"ז כתב בנולד ספק טרפות בחיי הבהמה יש לאוקמה חזקת היתר אף דעומד להתברר אחר שחיטה דלהקל אז אין אנו בקיאין בבדיקה.

ס״ד הולד כשר בחמ״ח סקי״א הקשה מדאמר בש״ס דהא דפרשו רבנן מהאי משפחה לא משום דס״ל כשמואל והא להרמ״ה אף דס״ל כשמואל דחוששין שמא ש״פ במדי הולד כשר ונ״ל כיון דלא אתברר בש״ס אי הלכה כשמואל או כר״ח וכ״פ פסקו כר״ח לכן הולד כשר דגם לשמואל הולד פסול רק מדרבנן דספק ממזר כשר מדאורייתא ושמא הלכה כר״ח הוי ספק דרבנן וס״ס בדאורייתא דשמא אפילו ש״פ במדי א״ת כלל דאין לנו אלא מקומו ושעתו ואת״ל אי ש״פ במק״א מקודשת עדיין שמא אינו ש״פ בשום מקום ומ״מ ס״ל להרמ״ה דצריכה גט מפני משום חומר עריות וכמ״ש ר״ב במרדכי פרק החולץ דכמה ס״ס מצינו בש״ס דהחמירו וה״נ יש לחוש עוד שמא יתברר אח״כ שזה ש״פ במק״א וספק כזה חמיר משאר ספק וכדאיתא בפ״ד דכריתות די״ז ע״ב עיי״ש ברש״י בד״ה אפשר לברר איסורו וכו׳ אפשר שיצא לאחר זמן בקי שיכיר וכיון שזה חשש איסור דאורייתא וגם יש תקנה בגט החמיר משא״כ לענין הולד אבל הנהו דפרשו מאותו משפחה אי הוי ס״ל כשמואל ליכא רק חדא ספיקא ומדינא פרשו ובמהרי״ק שרש פ״ד כתב דאפילו יהיו המתירים במקדש בפחות מש״פ רובא מ״מ משום חומרא דא״א פשיטא ופשיטא דיש לחוש לאסור עיי״ש הכה הפליג דפשיטא ופשיטא אף שיהיו הפוסקים לקולא הרוב ולי״ע הא לשמואל עצמו אינו רק ספק ואפילו יהא ספק תורה כדעת הרמב״ם מ״מ מהצטרף רוב דס״ל כר״ח עדיף מס״ס דאפילו בספק גירושין או מיתת בעל סמכו בתשובת הספרדיים על ס״ס אף דאתחזיק איסור דא״א ובסוף דברי מהרי״ק שם כתב הכא שהיה ספק מקודשת וכמעט קרוב לודאי מקודשת כיון שלדעת רוב הפוסקים הלכה כשמואל עכ״ל ותמוה דלשמואל עצמו אינו רק ספק מקודשת כמבואר בפ״ק דקידושין די״ב ואיך יהא קרוב לודאי משום רה״פ כשמואל ואפכא י״ל דכלכך שמיעוט המקילין להספק אם ש״פ במק״א ולחזקת פנויה ואפשר דלשמואל דאם ש״פ במק״א מקודשת קרוב לודאי דתמרה או תאנה במקום שאין גדלין ש״פ וכיוצא בשאר פירות וכדומה ולפ״ז אף דס״ל לרמ״ה להצריכה גט משום דלשמואל קרוב יותר לאיסור תורה מ״מ לענין הולד דספק ממזר מותר מדאורייתא וכתבתי בחידושי ליו״ד סימן ק״י דאפילו רובא או חזקה לאיסור מ״מ אינו ודאי ממזר ומותר מה״ת לכן כיון דמספ״ל שמא הלכה כר״ח הוי ספק דרבנן ולקולא ובמ״ש י״ל סתירת מהרי״ק דהכא כתב דאם נשאת תצא ובשרש קצ״א כתב דבספק קידושין ל״ת ועמד בזה הב״ש וכתב דספק ש״פ חמיר ולפימ״ש י״ל או משום דאפשר יתברר שיבואו אנשים ממקום אחר ויאמר דהתם ש״פ דקרוב לודאי דבמקום דאינו מצוי וצריך שיובא ממרחקים ש״פ התם שו״ר בב״מ שכתב נמי ה״ט דעומד להתברר ועוד כתב דלהתוס׳ הוי ודאי קידושי דרבנן עיי״ש ואפשר לזה נתכוין מהרי״ק דקרוב לודאי מקודשת דס״ל כהתוספת דמקודשת מדרבנן משום גזרה אך מ״ש דכן ס״ל רה״פ כשמואל מ״מ הא דס״ל כר״י דהוי משום גזרה אינו מבואר ברה״פ וגם לר״י וסייעתיה אינן קידושין ודאי דרבנן רק אם ידוע שש״פ במקום אחר כמבואר בב״ח וב״ש סק״ז.

ס״ה התקדשי לי בתמרה זו התקדשי לי בזו בפ״ב דקידושין אמר רבה מתניתין ר״ש דדוקא כשאמר שבועה לכ״א הוי פרטא ורמב״ם פסק כמשנה זו ובפ״ד דנדרים פסק דלא כר״ש ועמד הכ״מ בזה ונראה די״ל גם לרבנן דפרטי הוי דוקא כשאין הוכחה דנתכוין לכללא אבל כשיש הוכחה מודו רבנן דיותר מזה מצינו בעדים דא״ח ומגיד וביש הוכחה נאמן לומר שטעה בדיבורו ונתכוין להיפך כדאיתא בב״מ דף כ״ח ע״ב וכה״ג ביו״ד סימן ר״ח ס״א וא״כ כיון דאדם יודע שאין מקדשין בפחות מש״פ כדאיתא בכתובות דף ע״ד יש הוכחה דנתכוין לכללא שתתקדש בכולם כיון שאין בכל אחת ש״פ אלא די״ל שאין הוכחה מבוררת דשמא א״י שאין כ״א ש״פ אמנם אם צריך שומא מקודם הרי ידע והנה רבה ס״ל בפ״ק דא״צ שומא ופסק הש״ס שם הלכתא שיראי א״צ שומא וכתבו תוס׳ דדייק דוקא שיראי אבל אבנים טובות וכדומה צריכי שומא וכתב בה״ר דלפיכך לא אמר הלכתא כרבה משום דרבה ס״ל כל מידי א״צ שומא ורמב״ם כתב דוקא שיראי דאשה מתאוה להן א״צ שומא וא״כ לרמב״ם נמי רבה ס״ל כל מידי א״צ שומא להכי לא אמר בש״ס הלכתא כרבה דהלכתא דא״צ שומא רק שיראי וא״כ כיון דצריך שומא לפני הקידושין הרי ידע דאין בכ״א ש״פ וודאי לכללא איכוין לכ״ע כשלא אמר התקדשי התקדשי וא״ל למה לא מוקי רבה ככ״ע ומיירי כשכישום הדא כיון דלרבה א״צ שומא דוחק לאוקים כשכישום מקודם ועוד דיותר רבותא ליתני דגם בלא התקדשי התקדשי פרטי הוי כשלא כישום מקודם ואף דאמרינן כשקידש בפמ״פ והדר בעל דאדם יודע שאין קידושין בפמ״פ וגמר ובעל לשם קידושין דע״כ הפירש דתחלה לא דייק וטעה רק כשבעל ודאי דייק שלא יעשה איסור וכמ״ש בח״ר שם וכן מוכח בפ׳ ב׳ דקידושין דף מ״ו בקידש בפמ״פ והדר שלח סבלונות דתנן דמהמת קידושין הראשונים שלח הרי דטעי. בהכי ה״ד התם דחזינן דקידש בפמ״פ הרי טעה אבל כשיש לפרש כונתו בשעת קידושין על נכונה שמיכוין לכלול שתתקדש בזו ובזו אחזוקי אינשי בדלא גמירי לא מחזקינן וכמ״ש הש״ך בחו״מ סימן ק״ו סק״ו ס״ק כ״ו א״כ ודאי י״ל אין אדם מוציא דבריו לבטלה וכדאיתא בערכין דף ה׳ באומר ערך פלוני פחות מבן חדש דצריך ליתן דמיו דאדם יודע שאין ערך לפחות מבן חדש ונתכוין לדמיו ומבואר בריטב״א כתובות פ׳ אעפ״י דף כ״ח ע״ב דגם רבנן ל״פ אר״מ רק משום דצריך לשנות הלשון מערך לדמים אבל כשיש לפרש לשונו באופן המועיל גם רבנן מודו דא״א ונד״ל עיי״ש וכ״ש כאן דעשה ומעשה י״ל בכדי לא עביד לכ״ע.

ס״ו ב״ש סקי״ג היכא דמפסיק בין דיבור בזו ובזו אפילו תכ״ד חיישינן שמא חזר וצריך שיהא כ״א ש״פ ולא מקודשת בודאי ואב״מ השיג על הב״ש דדוקא כשחוזר לבטל מעשה הקידושין א״י גם תכ״ד אבל לקיים הקידושין כגון דלא היה ש״פ באחת מהן וחזר תכ״ד לנתינה ראשונה ואמר בזו ובזו ועדיין ראשונה בעין מצטרפין לש״פ א״ד ולע״ד לדינא צדקו דברי ב״ש כיון דבנתינה ראשונה שהתמרה לא היה ש״פ קי״ל דהוי ספק קידושין לרמב״ם ספק דאורייתא ולר״י עכ״פ מדרבנן עשו ספק קידושין וא״כ אם יחזור בו א״צ להחזיר לו התמרה גם כשהיא בעין כיון דלבטל הקידושין לא מצי לחזור גם תכ״ד הרי זכתה באותו תמרה וא״כ המעשה וכמ״ש לעיל ס״א ותו אין התמרה שלו לחזור לקדש בצירוף עוד תמרה וכמו שכתב בריטב״א ריש פרק שני דבכורות בד״ה ואולם לעד״נ דה״ט היכא דיש ס״ק דמהני לענין איסורא לומר דקנה הגוי הפרה ואין

ואין הולד בכור ונבהמת ישראל מ"מ כיון דלענין ממון ל"מ ש"ס להוליא חשוב ממונו של ישראל וחל על הולד קדושת בכור וכן להיפך אם קנה ישראל פרה מגוי במעות די"ל ש"ס דקנה מ"מ כיון דל"מ ש"ס להוליא מן הגוי חשיבא בהמת גוי ופטורה מן הבכורה דאיסורא בתר ממונא גריר וא"כ ה"נ כיון דל"מ חזרת המקדש להוליא הממון מידה חשוב הממון שלה אפילו אם באמת אין ש"פ בשום מקום מ"מ לדידן מקפ"ל וא"א להוליא ממנה בדין חשוב שלה ולא חזי תו לאצטרופי לקדשה כשיתן לה עוד פחות מש"פ אפילו כשתאמר אין דכיון דמן הדין הוא שלה לריך שיטלו ממנה לזכות בו ול"ד למ"ש ב"ש סי' כ"ח סקט"ז דבחטפה ממנו והדר קידשה בו ואמרה אין דמהכי דפא"ה דגזלה ממנו וכשאמרה אין נעשה פקדון בידה ומילא הממון שלו משא"כ הכא דמדינא א"י להוליא מידה חשוב הממון שלה ולא מהני רלונה דבמה יזכה בלא משיכה וכל זמן שלא משך יכולה לחזור וליתן לו חשוב הממון שלה וכן מוכח מהריטב"א הנ"ל דל"מ הש"ס כיון דא"י להוליא בדיינין אם יחזור אחד מהם אף דלא חזרו ועומדים בדבריהם וכ"ש כשלא אמרה אין דשתיקה לא מהני גם להב"ש דבשימן כ"ח ס"ק ע"ז ולשא"י גם כשאמרה אין ל"מ עיי"ש.

ס"ן התקדשי לי חליך וכו' בפ"ק דקידושין ד"ז א"ר א"ל התקדשי לי חליך א"מ ופריך כפשטו קידושי בכולה כמו במקדים מקלת בהמה ומשני הכא יש דעת אחרת והקשו בתוס' א"כ חליך בפרוטה וחליך בפרוטה למה לא יועיל הא גליא דעתה דמתרלית בכולה ותרלו דמיירי דאמר ה"א מאורסת דאינו לשון הקדש ולא נתפשט בכולה וכה"פ לא חלקו בכך וכתב מהרי"ט דאפילו ידענו דמתרלית דכפשטו קידושין בכולה כיון דלאו ברשותו דכפשטו קידושיה בכולה מכחו ואם באת לומר כיון שמתרלת להתקדש מקלתה מנילא פשטו בכולה דרשאה היא בגופה א"כ קידושין מחמת דידה מפשט ולא מחמתו ואנו בעינן שיקח האיש את האשה ולא שתלקח היא עלמה את"ד ואינו מובן הא כל קידושין א"א רק ברלונה ונראה ביאור הדברים לפימ"ש הר"ן בנדרים כיון שהתורה אמרה כי יקח איש אשה ולא אמר כי תלקח אשה לאיש לא כל הימנה שתכניס עלמה לרשות הבעל אלא כיון שמסכמת לקידושי האיש ונבטלת דעתה ורלונה ונעשו כפשה אלל הבעל כהפקר והבעל מכניסה לרשותו את"ד וא"כ 'מלד האשה ל"ל דנפשט בכולה כקדושת גוף של בהמה דאינה מקדשת א"ע רק מפקרת א"ע לבעל ולא אמרה תורה רק בהקדים אלי בהמה דממילא הקדש פשט בכולה לכן כשאמר לה הבעל התקדשי לי חליך לא פשט בכולה כיון דיש דעת אחרת והאשה אינה מקדשת נפשה רק מפקרת נפשה והפקר אינו מתפשט בכולה ואם באת לומר הרי שומעת דאומר לה שתתקדש לו ומתרלת הרי מתרלית שתהא הקדש ונפשט בכולה לזה אמר מהרי"ט דא"כ היא מקחת א"ע להיות מקודשת לו וזה לא מהני רק שתפקיר עלמה לו ולכן באמר לה תתקדש לי חליך לא פשט בכולה ואם היה מכח דיבורו מנילא נפשט בכולה היה כמוקדש כולה כאחד אבל כיון דמנילא לא נפשט בכולה ולריך דיבורו שיאמר עוד חליך בפרוטה וחליך בפרוטה והאשה מסכמת ומפקרת עלמה כמי לאלאין הוי קידושין לאלאין לכן בעי הש"ס אי מהכי ונלאתי באב"מ שהביא ג"כ דברי הר"ן ומ"מ השאיר בקושיא דברי מהרי"ט וגם הטה דברי רמב"ם לכונה אחרת וא"י למה.

ופרתך מכורה לי בפרוטה משמע אם אמר בשתי פרוטות הוי קידושין אע"ג פרה לא נקנית במעות ל"ד לקני את וחמור ומשום דאורייתא מעות קונה ומהרי"ט תירץ כיון דשייך בה קנין אחר ל"ה כחמור ונראה דלא ניחא ליה כתירץ הב"ש דס"ל דגם קודם שיקבל מש"פ ליכא קנין במעות כלל דעקרו רז"ל הקנין לגמרי וכמו שביארתי בערך ש"י על חו"מ סימן ד"ר והבית שמואל ס"ל דכ"ז דלא מקבל מי שפרע הוי קנין והכא ע"כ מיירי דלא חזרו בהם ומשך הפרה כמ"ש בריטב"א דא"ל משך פשיטא דבתך ופרתך בפרוטה קאמר וא"מ כלל וא"כ כה"ג אם אמר בשתי פרוטות ל"ה כקני את וחמור כיון דלא נתבטל המקח ע"י קבלת מש"פ הוי מעות קנין ולפ"ז אם אמר בתך ופרתך בשתי פרוטות ולא משך הפרה וחזר אחד וקיבל מש"פ דאזי לכ"ע נתבטל הקנין מעות למפרע י"ל להב"ש דהוי כקני את וחמור אך נראה דהעיקר כמהרי"ט דיש ש"ס חדא שמא הלכה כמ"ד קני את וחמור קנה האיש ומלה והדא שמא דכאן דמהני בו קנין אחר עדיף מקני את וחמור וא"י לומר בקנין שלם אני רולה כמו בקנה פרה וטלה ומשך הפרה בסימן ר"ג ס"ב ועיין כה"מ סימן שפ"ב ס"ח.

סימן ל"ב

שלא לדעתה הר"ן ספק הקשה באב"מ ת"ל כיון דנעשה שלא מדעת המתחייב הוי מפ"כ וכ"ל כיון דשטר זה לא מיחייבה עד שתקבלו דאם ילא מיד הבעל או אחר יכולה לומר שלא מסר לה הבעל מעולם א"כ לא נגמר עדותן שבחתימתן עד שתקבלו מרלונה ומחייבת את עלמה ול"ד לשטר מכר או הלואה דמוכר או לוה מתחייב כשיהא השטר ביד לוקח או מלוה תדע דהא בחו"מ של"ע ס"ג איתא דאין כותבין שטר למלוה אף שיאמר לעדים לא תתנו לי השטר עד שיאמר לכם הלוה היום שתתנו לי וא"ל תקרעו וכתב שם הב"ח והש"ך משום דיש לחוש לערמה והלא ת"ל דמדינא פסול כיון שנכתב שלא מדעת המתחייב אע"כ כיון דמעיקרא ככתב שלא יתנו למלוה בלא ליווי הלוה ואז יהא מדעת המתחייב נגמר רק אז עדותן וכ"ש הכא דהא התם יש לד חיוב אם יתנו העדים למלוה בלא ליווי הלוה או יפול מהעדים וימלא המלוה וא"כ ונלאתי שם בתומים שהקשה שם כן דת"ל דנכתב שלא מדעת המתחייב וכה"מ שם תירץ כיון שלא נגמר עדותן עד שימסור הלוה או בליוויו ליד המלוה חשוב מדעת המתחייב מעיקרא עיי"ש וכ"ש הכא דא"א כלל שתתחייב עד שיהא השטר בידה וכמ"ש.

ס"ב שמין את הכייר ל"ע מ"ם מהא דחו"מ סימן קל"ח סעיף י"ב כיון שהתחיל למשוך כבר גילה דעתו שאינו רולה לקנות בחזקה זו אלא במשיכה וה"נ כיון שכתב שטר אירוסין וקידשה בתורת שטר הרי גילה דעתו שאינו רולה לקדשה רק בתורת שטר ובחו"מ סימן רס"ח סעיף א' דפסק רמ"א דבד"א ונפל עליה דלא אמרינן כיון דנפל עליה גילה דעתו דבנפילה ניחא ליה דליקני ולא בד"א שא"ה דד"א קונה לו שלא מדעתו ובהכי ניחא דלא קשה מהא דסימן ר"נ ס"ז דמתנת שכ"מ בקנין ל"ק כיון שגילה בדעתו שאינו רולה להקנות אלא

בקנין

בקנין וכן התס ס"ח בשטר והובא קושיא זאת בפ"ת על חו"מ סימן רס"ח ס"א דשאני ד"א דקונה שלימ אבל מכאן קשה ובגמרא בפ"ב דקידושין דף מ"ח דאמרו רבנן מספ"ל אי עח"כ או עמ"כ או דמספ"ל אם כתבו שלא ומדעתה כשר לכן אמרו שמין את הכייר אם יש בו ש"פ י"ל משום דכל מה דהוכרח לאוקים הברייתא בשטר אירוסין הייכו לרב דאמר מקדש במלוה א"מ דלא יהא כתנאי ולרב ס"ל בב"ב דף קכ"ב במתנת שכ"מ שכתוב בה קנין דאדכבה אחרי ריכשא שיהא זכות למקבל באיזה שיהא טוב לו יותר ואיתא התס ע"ב דגם בלא כתוב קנין בשטר רק מסר השטר למקבל הוי כקנין כפירב"ש שם וה"כ י"ל דמש"ה כתן לה שטר אירוסין דשוה לא יהא ש"פ בכייר תתקדש בתורת שטר, עכ"פ ספק קידושין ובהכי ניחא מה שכתקשו המפרשים למה ל"ל דרבנן מספ"ל אי מקודשת בשטר הא מ"ל למימר דס"ל דודאי איכה מקודשת בשטר דלא כר"מ ולפימ"ש א"ש דאס ודאי אין השטר מועיל ל"ל אדרבה אחרי רכשי ובהכי מתיישבים דברי תוס' שם שכתבו בד"ה שמין דלר"מ אפילו איכא בכייר ש"פ א"מ דאמר עח"כ הקידושין דהקשה רש"ל איך כשמע מה"ט דעח"כ שאיכה מתקדשת בתורת כסף אם יש בכייר ש"פ ועוד א"כ מ"ט דרבנן דאם יש בכייר ש"פ ודאי מקודשת הא מספ"ל שמא עח"כ וכ"ז אליבא דרב אבל לשמואל דק"ל בב"ב שם דשמא לא גמר להקנות אלא בשטר ולא קנה המקבל כלל ה"כ שמא לא רצה לקדשה אלא בשטר האירוסין וה"מ כלל דהאשה בחזקת פנויה או עכ"פ ליכא ודאי קידושין אפילו ש"פ ובהכי ניחא מה שהשמיט הרמב"ם בפ"ג מה"ק ה"ג דשמין את הכייר וא"ל מה תועלת בשטר אירוסין לרבנן דמספ"ל הא אפילו אין הכייר ש"פ מקודשת מספק כשמואל בפ"ק דקידושין דף י"ב די"ל דרב לא ס"ל כשמואל בזה וכמו ר"ח שם ואף דמייסב הש"ס די"ב דגם לרב י"ל דס"ל כשמואל היינו כמ"ש מהרש"א שם בתוס' ד"ה ר"ח דאם נתקדשה לאחר דאפשר ע"י גט מראשון שתשאר תחת שני גם ר"ה מודה דחוששין שמא ש"פ במדי רק בקדשה אחיו של ראשון וכדומה דאם כלריכה גט מראשון תהא אסורה לשני בזה לא ס"ל כשמואל וא"כ יש תועלת לראשון שלא תלך ותתקדש לאחיו וכיו"ב דאם יהא רק חשש דש"פ במדי תשאר תחת השני אבל מחמת החשש דמקודשת בתורת שטר תתסר גם על השני ולמה לה זה ועוד דחשש ש"פ הינו רק חומרא דרבנן משא"כ ספק אם השטר מועיל הוי ספק תורה ובניה ספק ממזרים ולא תעשה זאת לפסול בניה כדאיתא ביבמות דף ל"ה ובפי' האשה שהלכה דולד ממזר מראשון דע"י קנס זה דייקה ומנסבה ועוד דע"י קידושי כסף פמש"פ וספק קידושי השטר יהא ס"ס להחזיק הקידושין וא"ל לר"מ דודאי בלא ע"ה ה"מ דאמרנו גם לרב ל"ל אדרבה אחרי רכשא דקפיד רק לקדשה בשטר דא"כ למה קידשה בשטר דהא איכו מועיל כלום די"ל באמת רלה לשחק בה או דטעה בדין וכדאמרינן לשמואל שמא לא גמר להקנות רק לאה"מ ואיכו מועיל לאח"מ כלום דע"כ כמי מהכסו טעמי ויהא איך שיהא דאפילו גם לר"מ אמרינן שמין את הכייר מ"מ כ"ז דוקא לרב דס"ל דאדרבה אתרי רכשא ולא לשמואל דקי"ל כותיה ולכן דברי הרמ"ה חידוש הוא וכ"ל דס"ל דשאני בדבר תלוי דאדעת חכמים עושה שיהא באופן המועיל לפי דעתם כמ"ש בחידושי רע"ק עיו"ד סי' רל"ד סט"ו.

ויותר נראה לפימ"ש באס"ז בפ"ק דב"מ ד"י וכמ"י שם אהא דאיתא שם כיון דכפל עליה גלי דעתה דבכפילה ניחא ליה דליקני בד"א לא ניחא לו דליקני דזה דוקא בד"א דתק"ח הוא י"ל א"א בתק"ח ולא בקנין דאורייתא לפ"ז י"ל דהא דבמתנת שכ"מ דקנה בשטר דס"ל לשמואל דשמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר אח"מ כמי משום דקנין שכ"מ שיקנה בדיבורו אח"מ רק מתק"ה שלא תטרף דעתו והכו דחו"מ סימן קל"ח סי"ב אפילו כיגא דמיירי במתנה דקונה מכירה ומסירה ומד"ת מ"מ כיון דגלי דעתיה דאיכו רולה לקנות עתה במסירה רק אה"כ כשימשוך לרשותו אהכי גלוי דעתו דאיכו קונה בע"כ ומשא"כ כשרולה לקנות עתה רק גלי דעתו שאיכו רולה בקנין זה רק באחר בטלה דעתו דהוי כמתנה עמש"ב וכדמחלק המל"מ פ"ב מה"ז ה"ט הובא בפ"ת לחו"מ סימן קל"ח סי"ב ולפ"ז הכא דרולה שתתקדש עתה בקבלת השטר ויש בה ש"פ אף דגלי דעתו דלא ניחא לו שתתקדש בתורת כסף רק בתורת שטר בטלה דעתו וזה דעת הרמ"ה ולא כהחמ"ח וב"ש סק"ד דבאומר בפירש שאיכו מקדשה בתורת כסף אף שיהא הכייר שוה הרבה אזי אם השטר פסול גם לרמ"ה א"מ והגם דלרשב"א באס"ז בב"מ שם ס"ל כמי הכי דגם בקנין תורה אהכי ג"ד שלא כיחא ליה לקנות בקנין זה מ"מ דעת רמ"ה נראה כהכ"י.

וראיה לזה מהירושלמי פ"ק דקידושין ה"א דמשנה דתני מקודשת בשטר לא סוף דבר כשבוה פרוטה דהלא בלא"ה נתקדשת בכ"ד שש"פ אע"כ גם כשאיכו ש"פ ומאי הוכחה היא הלא כ"מ באומר הוא או היא דפרשו שלא תתקדש בתורת כסף דלריך המשנה לומר דמתקדשת בשטר אע"ב דגם תנ"י יפירש לא מהני.

והרי"ף רפ"ק דקידושין הביא הירושלמי והקשה הר"ן הלא מילא משמע כיון דילפינן קידושי שטר דמקים הוי' ליליאה ובגט מבואר דכתבו על איסורי הנאה ומגורשת ותירץ דקמ"ל ללמד אם קידשה בשטר שכתב שלא לשוה דמ"מ מקידשת בתורת כסף דבקידושי שטר דעתייהו כמי אכייר והכי מוכח בפרק הא"מ דף מ"ח דתניא חכ"א שמין את הכייר את"ד והכה מ"ם הר"כ דדעתייהו כמי אכייר הוא כדעת החמ"ח והב"ש אלא דאז"ל לשיטתו דבחידושי הר"ן פ"ק דב"מ דף יו"ד הביא דעת רשב"א הכ"ל דגם בקנין דמהכי מה"ת אם גלי דעתו דלא ניחא לו בו רק רולה לקנות בד"א איכו קונה בקנין זה אמכס ק"ל דאיך כתב הטעם דדעתייהו כמי אכייר הא מאותו ירושלמי מוכח אפילו אמרו בפירש דלא תתקדש בתורת שוה כסף, מקודשת ובל"ז הקשו אחרונים על הר"ן דכיון דמוכח בגמרין כן הק"ל למה הולרך הרי"ף להביא מן הירושלמי הובאו בבגדי שש ולפימ"ש מיושב הרי"ף דמן הירושלמי מוכח אפילו פרשו בלא תתקדש בתורת כסף והשטר פסול מ"מ אם ש"פ מקודשת וא"ל איך מוכיח הירושלמי דא"ל להיות השטר ש"פ דא"כ תתקדש בתורת כסף הא כ"מ בע"מ שתחזיר לי הכייר דמתורת כסף איכה מתקדש רק בתורת שטר כמ"ש החמ"ח בסק"ט דאם שטר ג"כ לריך שיהא ש"פ איכה מקודשת בע"מ שתחזירי לי דהא בכסף הטעם דדמי לחליפין כדאיתא בפ"ק דקידושין דף ו"ו ע"ב וחליפין לא מהני משום דאתכהו בפמש"פ ואשה לא מקניא בפמש"פ כדאיתא התס דף ג'.

ס"ד בהג"ה על איסורי הנאה עמ"ש לעיל סימן כ"ח סכ"א.

ע"מ שהנייר שלי מ"מ בשב"מ כתב נדינא דהוי ספק מקודשת כיון דפליגי פוסקים אי הוי שורא או תנאי ואם הוי תנאי ואז הוא תנאי ומעשה בד"א והתנאי בטל ודחה דברי הרמ"א ול"נ כיון דגם בתנאי ומעשה בד"א אי התנאי בטל פליגי והוי ספק כדלקמן סימן ל"ח ס"ד בהג"ה א"כ יש ס"ס וא"ת"ל מפום חומר איסור א"א אין להתיר מפום ס"ס מ"מ הכא אנו דנין גם לענין הנייר אם צריכה להחזיר וכיון דיש ס"ס אפילו לפוסקים דאין מוציאין ממון בס"ס משום דלא עדיף מרוב מ"מ ברובא עם חזקה מוציאין ממון כמבואר במלחמות ר"פ האשה שנתארמלה וא"כ ה"נ יש המ"ק וכיון דמחויבת להחזיר הנייר מגלא כאומר בפירש והנייר בלי דודאי אינה מקודשת.

סימן ל"ג

עי"ש ג"כ כתב דלפני ע"א מוי לא בעינן מעידים להסכי"ג דמקדש בע"א חוששין לקידושין ויפשט"ק הבית מתוס' פ' המותר דף ס"ז שכתבו בזה"ל דשאני קידושין כיון שנתקדשה לפני ע"א אמרינן דלא כיון לשם קידושין עכ"ל וביאר דבריהם כיון דיכולה להכחיש ודאי לא היה כונתו לקידושין וכ"כ בסימן מ"ב ובסימן מ"ז ומזה הוליד דבזיאה גם קמ"ג מודה עיי"ש ואין לשון התוס' כן רק ז"ל אפשר כיון דלא קדשה בפני עדים המצות ומתנה וכונתה בצנעא בזיכתה בפני ע"א הוי רק גילוי מלתא בעלמא כיון דהזנות אוסר גם בלא עדים וכה"ג כתב הפנ"י ריש גיטין לענין עד מיתה מבא"כ קידושין הקיום מחמת העדים אף דכתן לשם קידושין שלא בפני עדים אפשר שיבתנה למתנה יגבא"כ קידושין הקיום מחמת העדים אף דנתן לשם קידושין שלא בפני בני עדים אפשר שיבתנה למתנה.

ס"א בהג"ה אם כבר הוחזק לזנות או שיש לו אשה אחרת ל"ח יל"ע מ"מ אם בעל כבר לפני עדים איך הוחזק לזנות כיון לשם קידושין ואם זנה עם מי שאין קידושין תופסין או העדים רואין אותו והוא לא ראם או ע"י צירוף דבכל פעם לא ראה רק ע"א דבכה"ג נ"ל דבעל לשם קידושין כמ"ב בח"ר בגיטין דף פ"א א"כ אז לא היה בידו לקדשה משא"כ עכשיו דבעל לפני עדים ובידו לקדשה לזה לא הוחזק לעשות בב"ז היכא דבידו לקדשה דהא החזקה דא"א עבב"ז משום דבידו לקדשה כדאיתא לקמן סימן קמ"ט ובתמורה דף כ"ז בעי רב אפי היו לפניו ארבע בהמות של קודש ואחת ממן בע"מ וארבע בהמות של חולין ואמר הרי אלו תחת אלו מהו אי כיון דאיתחזק גברא באיסורי נקי ארבע מלקיות או דלמא כיון דאיתחזק באיסורא לא שביק היתרא ועביד איסורא ובתרייתא לאחולי הוי תיקו ומלאתי במל"מ פ"י מה"ג הס"י שהביא מהרדב"ז באם היתה נדה נ"ל אאב"ז דמאן דעבר אאיסור כרת לא חש לב"ז והקשה מהך דתמורה דאמר שם לפני זה בשלשה בהמות ואחת ממן בע"מ באת"ל דאף דעביד איסורא בב' בהמות אמרינן על השלישית דלאחולי נתכוין משום דלא"ש היתרא ועביד איסורא ותירץ המל"מ דשאני הא דרדב"ז שבאותו ביאה עבר אאיסור נדה באותה אשה עצמה ותירוצו אינה עולה כאן דג"כ אינו באותה אשה ובאותה ביאה ונראה כיון דבפנוי הבא על הפנויה פליגי הפוסקים וכמבואר ברמב"ם

פס וברבב"א ורא"ש בגיטין שם וכן דתויו"ט ג"כ מסיק תיקו הוי ס"ק אך בפרש"י בתמורה שם פירש הבעי"א דיי"ל שכולן עשאן שוות כיון דלא פירש ואי הוה דעתיה על האחת לאחולי איבעי ליה לאתנויי ידן על בע"מ דקדש עיי"ש א"כ דוקא התם דבדיבור אחד אומר על כולן אלו תחת אלו שתמא נתכוין על כולן בבית יחדא' כירב ולא הניח ידו על בע"מ דקדש א"כ הכא י"ל ודאי לא שביק היתרא כיון דלא איתחזק באיסורא היכא שהיה בידו לעשות בהיתר.

ועוד דבקס"י בחלק מדת הכמים אות למ"ד סי' קכ"ד הקשה אהאי בעיא בתמורה הנ"ל מהא דפ"ק דחולין דמומר אוכל נבלות לתיאבון בודק סכין ונותן לו ומותר לאכול משחיטתו דלא שביק איסור היתרא ואכיל איסורא והרי מומר איתחזיק באיסורא ותירץ דשאני תמורה דעובר איסור במזיד ולא לתיאבון א"כ דמוחזק באיסור באותו דבר בעצמו בההוא שעתא עיי"ם וא"כ כאן דעובר לתיאבון ואינו בההוא שעתא ... דפריך בחולין ה"ה כי לא בדק נמי ומשני מטרח לא טרח א"כ ה"נ י"ל דלא ניחא לו לקדשה במה אינו רוצה ליקח רחיים בצווארו להתחייב בשבו"ע ואי דבידו ליתן לה גט מטרח לא טרח וע"כ כל עיקר הסמיכה על חזקת כשרות דלא יעשה ב"ז לכן דוקא כשלא הוחזק לזנות מהני להוליאה מחזקת פנויה ולפ"ז לק"מ קושית המל"מ על הרדב"ז.

ס"ב על גמר ביאה וביאה שאחר קידושין קונה בהערלה ב"ש ז"ד הרי"ף והקשה הר"ן כיון דביאת איסור הוא ואינו בדין שיקנה דהא קי"ל הבא על אחותו בב"ח-לוקה ובפד"א דף כ"ט איתא אא"ל מאמר קונה קי"ג דוקא דהיתרא אבל מאמר דאיסורא ל"ק עיי"ש.

ולע"ד אין ראיה מהתם דהא במאמר אינו עובה איסור כלל כמבואר שם אלא דצריך מאמר בהיתר דהיינו דאי הוה בעי ליבומי בעת מאמר הוה מצי ליבומי כפרש"י התם ונראה הטעם משום דהא במאמר קונה יליף בירושלמי רפ"ב ורפ"ה מיבמה יבא עליה ולקחה לו לאשה דיבא עליה זו ביאה ולקחה זו מאמר בכסף לכן דוקא היכא דאי בעי ליבומי מותר לייבמה אז מועיל המאמר משא"כ בביאת אסורה למה יגרע מקידושי חייב לאוין דתפסי דאפילו קידשה בביאה כאשר יבואר בסמוך ה"נ יקנה אריכה בביאת איסור להיותה כביאה ונראה לפרש הר"ן בס דיליף הערלה דקונה באשה קיחה קיחה מיבמה דכתיב יבמה יבא עליה ולקחה דלא כרש"י ותוס' בפה"ב ... ע"ב דפרשו קיחה קיחה מערות וכ"ל טעמו דקאי להרי"ף דמיירי לענין הערלה דשובה נישואין כיון שיש לו בה קנין ע"י קידושין כי במה דכבר זקוקה ליבם וכיון דדרשינן ולקחה דיבמה למאמר ואמרינן מאמר דאיסורא לא קני לעשותה ככנוסה ה"נ הערלה דאיסורא א"כ ומלאתי בשלטות הגית ס"ד הקשה על הר"ן כן ועוד הרבה להקשות עליו ולפימ"ש מיושב הכל ועדיין ל"ע דמש"ס בבלי משמע מאמר רק דרבנן אבל הערלה קנין דאורייתא ואיך מדמה הר"ן זל"ז די"ל קנין דאורייתא לא הפקיעו ע"י איסור דרבנן וי"ל לפימ"ש בח"ר שם דף כ"ע ע"ב דמאמר קונה ד"ת לב"ש והתם קאי לב"ש.

ס"ב בשו"ת מהריק"ם הובא בשו"ת דרכי נעם הא"ע ס"ו בגרושה שאסרה על עצמה הנאת גוף בעלה וא"כ נתייחד עמה כתב אפילו בא עליה ה"ל מקדש

מקדש באיסור הנאה דאורייתא דלכ"ע אינה מקודשת דהא גם בקידושה בשטר שאסור בהנאה פסק הרשב"א דא"נ כדאיתא בירושלמי וק"ו בביאת א"ה דקידושי שטר לא מדין הנאה נגעה ביה ולא מתהניא ביה א"נ כ"ש בביאה עיי"ש ובענ"ד תמוה נהי דאסורה ליהנות מגופו מ"מ הרי נהנית דאפילו מתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה כדאיתא בכריתות די"ט ע"ב ובהשגות הראב"ד פ"א מהלכות ברכות כתב דאכל איסור חייב לברך דאף דאסור מ"מ נהנה וכ"פ בשו"ת רשב"א סימן השל"ד ובשטר של איסור הנאה מבואר בירושלמי פ"א דקידושין ה"א דאינו ראוי להשליש עליו משא"כ כשמותר בהנאה ואינו ש"פ ראוי להשליש עליו לצרפו עם דבר אחר לש"פ אבל בביאה הא נהנית ועוד הא קי"ל חייבי לאוין קידושין תופסין והא אסורה בביאתו ולכ"ע נדה תפסי בה קידושין ודכתיב ותהי נדתה עליו אפילו בשעת נדתה תפסי בה קידושין כדאיתא בפרק החולץ מ"ט ע"ב והא הפסוק מיירי דבא עליה בנדתה וגלי קרא דתפסי הקידושין באותו ביאה שו"ר בשו"ת פנ"י ח"א באה"ע ס"ג דהביא הך דהחולץ בלשון זה הכל מודים בנדה דתפסי בה קידושין אפילו בביאה ובגמרא ליתא הך סיומא ואפילו בביאה אע"כ כמ"ש כיון דיליף מותהי נדתה עליו ועיין לקמן בפ"ת סימן מ"ד דהביא חבילות פוסקים דה"ל ונדה תופסין בהו קידושין בביאה וא"כ כ"ש בהאיסור ומחמת כרת דליכא בו משום אעל"ת כמ"ש תוספת בפ"ק דתמורה דף ו' א"ו בד"ה והשתא ועכצ"ל שאני שטר שאסור בהנאה דליכא בה שום הנאה וק"ל לירושלמי דלא מתקדשת כשאין לה הנאה כלל אלא בכסף צריך ש"פ דאל"ה נ"ה כסף אבל שטר אפילו פמש"פ עכ"פ יש לה הנאה קצת כיון דחזי לאצטרופי ומדפריך הירושלמי מה בין שטר שאסור בהנאה לשטר שאינו ש"פ ומשני דזה ראוי להשליש עליו וזה אינו ראוי להשליש עליו ולא אמר משום דאי עביד לא מוכח דאפילו באיסור הנאה דלא בדה מלבו נ"ל משום דאעל"ת בקידושין אלא משום דצריך בקידושין שתהא לה הנאה קצת וכיון שבשו"ת הרשב"א הביא הך דירושלמי וכתב נמי הטעם משום דצריך מידי דאית לה הנאה וכל סמיכת הרשב"א על הירושלמי א"כ ממקום שבא מהריק"ש אדרבה משם ראיה להיפך.

סימן ל"ד

ע"ד שליח מברך בטור כתב דהשליח מברך וכתב הב"ח מכ"ל דע"י שליח צריך לברך והקשה על"א מה צריך ילפותא בב"א טפי מברכת שחיטה ומילה דהשוחט והמוהל שאינו אבי הבן אינו אלא שליח וצריך ברכה וכ"ל שאני שוחט ומוהל דאם עשו שלא מדעת בעלים הועילו והבהמה ניתרית מאיסור אבמ"ה ומכבלה וכן מילה נתקיים המלוה אלא דאבי הבן לא קיימה ועיין בח"ר פ"ק דחולין דף י"ב משא"כ ברכת אירוסין דא"ל קידש מדעת בעלים לא עשה כלום ולולא דקי"ל אשלד"ע ה"א דמיחייב שולחו לד"ע ולא השליח הרי דל"ה מעשהו של שליח ואיך יברך דהוא אינו מחויב ואינו עושה המלוה ול"ד להפרשת חלה ותרומה ועירוב ע"י שליח דשליח מברך משום דשייך בגוה דבלא הפרשה אסור לכ"ע לאכול ומכה דהוי טבל וכן בעירוב דבלא"ה גם לשליח אסור לטלטל שם כמ"ש המג"א בסימן שס"ו סק"כ ועיין יד אפרים בא"ח סימן תל"ב אלא דק"ל כיון דשאה"כ ומה שקידש השליח כאלו שולחו קידש בעצמו וחל החיוב על המשלח לברך ולמה לא יוכל לעשות שליח לברך בשבילו דג"כ שלוחו כמותו וכה"ג הובא במחה"ש סימן תקפ"ה סק"ג כתב דאבי הבן כשאינו מל בעצמו לא נקרא בעלים גמורים כיון שאינו עושה כלום במלוה לכן לא אלים כחו לעשות שליח עיי"ש וה"כ י"ל כאן ויותר י"ל לפ"ד מהרי"ט דא"י לעשות שליח להקדיש דמילי לא ממסרי לשליח אחר כמו ה"כ א"י למנות שליח לברך בשבילו ואף דהב"ח בא"ח ס"ס ל"ד כתב דעל דיבור יכול לעשות שליח כמו בתפלה וברכות י"ל זה נמי רק אחר דילפינן מקרא דויברכו את רבקה שע"י שליח נמי מברכין ולפ"ז י"ל טעם למ"ש הרמב"ם דיברך רק המקדש או השליח ולמה לא יוכל אחר לברך ובמקנה בקו"א עמד בזה אלא די"ל דעל הברכה לבד א"י לעשות שליח דמילי נינהו מ"מ כיון שעושהו שליח על מעשה הקידושין חל השליחות גם על הברכה השייך להמעשה וכמ"ש בכמ"י פמ"ש בהא דקני לך איהו וכל שעבודיה אף דשעבוד אין לו גוף דוקא בפ"ע א"י למכור אבל אגב הגייר מכור והוי כאויר שאינו נמכר בפ"ע ואגב הבית נמכר וכה"ג כתב בחת"ס יו"ד סימן שכ"א דאע"ג דהפרשת תרומה שגי במחשבה ולכה"פ בדיבור מ"מ עיקר מלוה הוא ההפרשה והרמה והדיבור לומר זה יהא תרומה טפל לעיקר המלוה כמו האמירה הר"ז גיטך בנתינת הגט לכן יכול לעשות שליח. משא"כ לומר לשליח הקדש בהמתי או הפקר נכסי או בטל המל' שכתב הר"ן דל"מ לפי שאינו רק דיבור אין כח למנות שליח לכן בין אם ילפינן דמקדש ע"י שליח צריך ברכה מהא דויברכו את רבקה בין לא ילפינן מהתם דלא מיירי בהברכה כמ"ש תוספת פ"ק דכתובות ד"ז ע"ב בד"ה שנאמר מ"מ ידעינן כיון דשאה"כ והוי כמקדש בעלמו וחל עליו חיוב הברכה ויכול לעשות שליח אגב גוף המעשה לכן יש חיוב לברך ואותן שנהגו דגם אחר מברך או דק"ל דלאחד שליח מילי ממסרי או משום תקנה שלא לבייש מי שא"י או משום ערבות.

סימן ל"ה

שליח בשו"ת בר"א סימן קי"ט העלה לפימ"ש הבו"ב סימן ס"ד דשליח קידושין נ"ה תופס לבע"ח שסב לאחרים כיון שאין רלונה באחר אם כן בנתקדשה ספק קידושין אם נתקדשה ע"י שליח לפני הוי חב לראשון כיון דאגידת בו ע"כ תתרלה בו דטב למיתב ט"ד ולפ"ז כשקידשה שני בתנאי בטל התנאי דאין בידו לעבות ע"י שליח והובא בפ"ת כאן ול"נ כלל חדא כהי דאגודא בו מ"מ מי יכול לכופה לכנוס לראשון ואף דטב למיתב ט"ד אפשר לא תתרלה בו אפילו תשאר עגונה והרי קמן דקבלה קידושין מאחר אף דעדיין אגידה בראשון ואפילו יהא דין זה אמת מ"מ מועיל בו תנאי דבשלמא חלילה אין מליאות ע"י שליח אבל כאן אפשר ע"י שליח כשירלה ראשון להיות שליח או לא ירלה ראשון בה דהו נ"ה חוב לאחריני ואי דאין זה היה ביד השני א"כ כל תנאי בקידושין למה כשלא נתקיים בטלי הקידושין בודאי כיחם במה לא היתה מתרלית להתקדש ע"י שליח דהא מליה בה יותר מבשלוחה כדאיתא בר"פ הא"ת וא"כ לא היה בידו לקדשה ע"י שליח.

בפה"מ לרמב"ם ר"פ הא"ת כתב הכוון אללנו שיקדש האדם בעלמו יותר משיקדש לו שלוחו לפי שמעקרנו לא ישא אדם אשה עד שירלנה לפי שאנו חוששין אולי לא תישר בעיניו ויעמוד

עמה

עמה ולא יאהבנה וזה אסור שנאמר ואהבת לרעך כמוך ולפיכך הקדים בו על שלוחו ומזה הטעם בעצמו לא ישיא אדם בתו כשהוא קטנה עד שתגדל ותאמר בפלוני אני רוצה ולפיכך הקדים בה על שלוחה עכ"ל ותמוה דבגמרא אמר דמצוה בו יותר מבשלוחו אף זולת דאסור לקדשה עד שיראה אותה לל"ק כי הא דרבא ור"ס ולא"ד באשה דמשום איסורא ליכא מ"מ הקדים בה משום דמצוה בה יותר מבשלוחה כי הא דרבא ור"ס וגם פתח דהנכון משמע רק נכון ואינו איסור וסיים באיסור שמא לא תישר בעיניו וכ"ל דלכאורה י"ל דיותר טוב לקדשה ע"י אחר ולא יראנה דאין יצה"ר שולט כי אם בראות עיניו וכדאיתא נמי בתענית ד"ה ובמגלה דט"ו כל האומר רחב רחב ביודעה ומכירה מיד נקרי ושאני שליח דאסורה עליו מעולם מסיח דעתו ממנה ואינו מהרהר וכה"ג איתא ביומא דף כ"ו הכך דלאו בני הקרבה נינהו לא טריד בהו הך דבת הקרבה טריד בה ופרש"י לא טריד אינו מהרהר בהקרבתן ומסיח דעתו מהקרבה דדהו והך דבת הקרבה ליוה"כ הבא טריד בהו לבו ודלמא מקריב לה ומקמי יוה"כ וא"כ כיון שראה אותה ולסוף ישאנה מהרהר בה לזה אמר הרמב"ם דמ"מ יותר נכון לקדשה בעצמו דמצוה בו יותר לפי דבלא"ה אסור לקדשה עד שיראנה וכיון שכן אין ריעותא במה שיקדשה בעצמו והמפיך הא' חשש גם שלא ישיא בתו כשהוא קטנה ואח"כ הדר לריש דבריו דהנכון יותר שיקדש בעצמו משום דמצוה בו יותר מבשלוחו ולפיכך הקדים בה על שלוחו בשיפא ולפי מה שלכתוב בסמוך דפיה"מ פוסק גם באשה יש חשש איסור כשלא תראנו אתיא הך ולפיכך כפשוטו.

אך בר"ו בחלק חוה ככ"ב ח"ג כתב דמצוה בו יותר מבשלוחו כדי שיראנה כי אסור לקדש אשה עד שיראנה וכ"ל דהוסי' ר"פ הא"מ הקשו על הא"ד דר"י אסיפא איתמר הא המ"ל ג"כ ארישא כשמכירה דליכא איסור רק מצוה בו יותר ונראה דיש להקשות אהא דרבא ור"ס עשו בעצמם בע"ש ולא ע"י עבדיהם משום דמצוה בו יותר מבשלוחו הא ומבואר בפ"ק דמועד קטן דף ט"ו דמצוה שאפשר לעשותה ע"י אחרים אין מבטלין ת"ת ומפניה כדכתיב וכל חפצים לא ישוו בה אפילו חפצי שמים והכי איפסק ביו"ד סימן רמ"ו ס"ח וי"ל עפימ"ש ביפה מראה פ"ק דברכות ס"ב דז"ד במצוה שיש לה זמן קבוע דחביבה מצוה בשעתה ומבטלין ת"ת מפניה ועיי"ש בכבוד חכמים דהכי מוכח קרא עת לעשות לה' הפרו תורתך והך דכל חפצים לא ישוו בה בשאין לה זמן קבוע וא"כ א"ש הא דרבא ור"ס אך קשה, לל"ק מאי מייתי ראיה מהך דרבא ור"ס דזמנה קבוע לקידושין דממ"נ אם המקדש יודע ללמוד מחויב ללמוד ומצוה שאפשר לעשותה ע"י אחרים יעשה ע"י אחרים ואם א"י ללמוד כלל לא ע"ה חסיד וכתב בסמ"ע סימן ל"ד ס"ק מ"ב דע"ה אינו בר מצות דלא ע"ה חסיד ואם מבטל הת"ת משום פרנסתו גם מצוה בו יותר מבשלוחו ליכא בו דאם ת"ת נדחית כ"ש זה ואטו ברשיעי עסקינן דמבטל ת"ת בזדון ול"ל דמשום דאיכא פלוגתא בזה בירושלמי פ"ק דפיאה אי ת"ת עדיף ממצוה ה"כ ס"ל לל"ק אך הא"ד ס"ל כהלכה דמצוה נדחית מפני ת"ת ולכן ל"ל דמצוה בו יותר ארישא דהא"ם מקדם דאין ראיה מרבא ור"ס דהתם זמנה קבוע רק אסיפא דהאשה מתקדשת דאינה מצווה את"ת ואז יש ראיה מרבא ור"ס דנהי דהתם זמנה

קבוע מ"מ א"ל דמצוה בו יותר מבשלוחו לא היו צריכים לעשות בעצמם מה דאין לפי כבודם ולבטל מת"ת דהא מה שעשו שלוחם היא מעם כאלו עשו בעצמם לכן הר"ו נקט בא"ם רק טעם כדי שיראנה דזה משום איסור ות"ת נדחית מפני איסור וגם הטור השמיט בהא"ם דמצוה בו יותר מבשלוחו מה"ט דזה כל אדם מחויב שלא לבטל מת"ת כשאפשר להעשות המצוה ע"י אחר זולת כשצריך לבטל משום כדי חייו ואז' כ"ש דאין צריך לבטל עסקיו משום הא דמצוה בו יותר מבשלוחו.

ועוד כ"ל דפיה"מ לרמב"ם ס"ל דהא"ד דלרב יוסף בדידה ליכא אסורא משום דטב למיתב ט"ד פליג אהא דרב דאסור לקדש בתו כשהיא קטנה דהרי גם ר"ח בקידושין דף פ"א עבד דלא כרב וכ"כ בא"ס"ז בכתובות דף כ"ז ע"ב ומרדכי פ' אעפ"י קי' קע"ט דלאו כ"ע ס"ל בזה כרב ופיה"מ לרמב"ם פסק כרב א"כ רישא וסיפא בחד טעמא דהקדים בו ובה לפני השליח משום איסורא וה"ש ולפיכך הקדים בה על שלוחה ולא שמעינן ממתניתין דמצוה בו ובה יותר משלוחם ול"ע דבפרק האומר דף כ"ט איתא דרבין חסידא אזיל לקדושי איתתא לבריה וכהי די"ל שהבן הכירה וליכא איסור מ"מ ההוא חסידא למה לא קיים בבנו דמצוה בו יותר ומבשלוחו ולפימ"ש לעיל דת"ת עדיף י"ל דרבין היה לו דרך נשם ולא רצה לבטל בנו מלימודו.

ס"ב השליח נעשה עד וכתב המ"מ פ"ג ומהא"י הט"ז דבירושלמי אמר ר"ב ב"ח בשקדשה בכסף נעשה כנוגע בעדותו ורי"א כיון שהאמינתו תורה אפילו קדשה בכסף אינו כנוגע בעדותו ע"כ ואף בה"ג כתב הא דשכ"ע ולא חלק כלל בין קודם תקנה בין לאחר כך וכמו שלא חלק רבינו וכן נראה עיקר והקשה כ"מ למה ככ"ע מאחר שהוא מחלוקת בירושלמי ראוי לספק בדבר והאחרונים תמהו עוד הא בבבלי אמר דלאחר שתקנו היסת אין שכ"ע איך נסמך על חד מ"ד שבירושלמי והנ"ל לפימ"ש בסימן טו"ב ס"ג דר"ב ב"ח ס"ל דנעשה כנוגע דלא ניחא לו לומר שהחזיר לנשלח כיון שהאמינו הוי העזה גדולה נגדו ומש"כ כשאומר שנתן להאשה דלא האמינתו אלא דאין זה נגיעת ממון ומדיכא אין לפסלו בזה רק נעשה כנוגע ומדרבנן ורי"א כיון שנאמן מה"ת לא פסלינן עדותו רק בנוגע ממש ובערך ש"י לחו"מ סימן קכ"א ס"ע יישבתי בזה דברי הע"ש ומה שהקשה עליו שם בש"ך בסק"כ ושא דקאמר הש"ס דלפני תקנת היסת יש לשלוחים מגו די"ל אהדרנהו למשלח. הא כשיאמרו נגד המשלח הוי העזה כיון שהאמינם ה"נ דבשבועות דף מ"ס ע"ב מבואר דללוה ליכא חזקה דא"א מעיז דאשתמוטי איסתמיט לכן הטילו חכמים עליו היסת א"כ גם נגד המשלח ל"א כ"כ העזה דיתלה המשלח דמישתמיט רק לפי שעה עד שימלא המעות או יהא לו אחרים אבל אחר שצריך לישבע מו אין נתלות בהשמטה דלא ישבע לשקר א"כ הוי העזה גדולה נגד המשלח שהאמינו וליכא מגו וזה מדויק בלשון המחבר בחו"מ שם שכתב דאין השליח נאמן שהוא נוגע בעדות שהרי צריך לישבע ליפטר וקשה הרי גם כשאומר שנתן למלוה צריך לישבע כמו אלו אמר החזרתי ללוה ומה נגיעה הוא ודברי הש"ך דחוק בכונת לשון זה עיי"ש והנה במקנה הקשה להרמב"ם בפח"י ומה"ע דאם יש בהזמה ג"כ הכחשה בעלה הזמה א"כ בשליח כ"ע הוי עדות שאאיל"ז דע"י

היות יכול הכחשה על גוף המעשה וקצת לפמ"ש ב"י בח"מ סימן ל"ד דבקידושין דליכא כתובה בעינן עדות שאתה יכול להזימה ע"ש ובאמת בב"י כתב רק דצריך דו"ח אבל יכול להזימה י"ל דא"ל לפמ"ש תוס' בריש מכות במעידין שהוא בן גרושה כיון דאפילו יתזמו א"א לקיים כאשר זמם נ"ל יכול להזימה ותירץ זה עיקר כמבואר בנוב"ק אה"ע סימן [illegible] אין ללמוד קידשה בכסף לשליח בעינן [illegible] נקיים כאשר זמם צריך מדאו"ת שיהא יכול להזימה [illegible] א"א אלא דבשר מתק"ח [illegible] דו"ח אי אפשר בהזמה אך כיון דרק מדרבנן בעי העדות יש לפסלן משום דנעשה כנוגע אבל בקידושין דמה"ת א"א שיוכל להזימן אין לפוסלן מחמת נגיעה שאינו הצלת ממון ואין הירושלמי חולק אבבלי כלל וכיון דרב א' ב"ה ור"י פליגי רק אי מדרבנן נעשה כנוגע אין ספק בדרבנן מוליא מידי ודאי ד"ת.

והר"ן הביא מהירושלמי חד ב"נ אפקיד גרבוי גבי חברו וכפר בו והייבו ר"י שבועה ע"י השליח ותיכף הביא הרי"ף מה דמסיק הש"ס דהשתא דתקין היכת לא מקבלן עדותן דנוגעין הן ותמה הר"ן דא"כ אין לחייב שבועה ע"י עדות השליח ע"ש ולפמ"ש שאני ע"א דאין מועיל עדותו רק לחייב שבועה דאורייתא ולא בעי שיהא יכול להזימו דהא כאשר זמם אי אפשר דממון א"א לחייבו דהא עדות ע"א אינו מועיל לחייב ממון ובשבועה לא שייך בעד וכ"כ ב"ב שם וא"כ מועיל עדות ע"א מדאורייתא לא נפסל ע"י נגיעה כזו שאינו הצלת ממון ומש"כ הא דמסיק הש"ס דהשתא דתקון היכת נוגעין הן דמיירי בשני עדים דשייך בהו הזמה וצריך שיוכל להזימן ובשליחתן א"א דהוי הכחשה והזמה א"כ כיון דמה"ת לא אתי עדותן לענין ממון נעשו נוגעים גם ע"י הנאה שאינה ממון ובזה א"ש נמי דאך אר"כ דשליח נעשה עד גם בממון הא איהו גופיה אמר בשבועות דמשביעין היכת אלא כמו דשבנים הם נוגעין השתא דהקין היכת וי"ל כ"ע גם השתא בשליח אחד לענין ממון לחייב לנפקד שבועה דאורייתא וגם לספוקים דבממון ומיכא א"ל עדות שאינה כדאיתא בד"מ חו"מ סימן ל"ג ובכו"ב שם מ"מ דו"ח צריך גם בממון מה"ת ובלא דו"ח אין נאמנין רק רבנן תקנו שיהיו נאמנין בלא דו"ח ואדרבה אין לדרוש ולחקור כמבואר בפ"ק חו"מ רים סימן ל' לכן הם אמרו והם אמרו דע"י נגיעה שאינה של ממון נמי אין נאמנין ואפילו יש עבו דו"ח ל"פ ומשא"כ בקידושין דצריך דו"ח כמ"ש הב"י הנ"ל א"כ נאמנין מה"ת (וכן בעד אחד הבא לחייב שבועה דאורייתא דמה"ת נאמן בלא דו"ח).

ס"ג א"ל עדים וכו' אבל בשליחות האשה שהיא עושה שליח לקבל הקידושין צריך עדים במינוי השליחות בר"ן והא"ש הקשו מ"ש ש"ק מש"ה וכ"ל דטעם הרמב"ם דמינוי השליחות א"ל עדים דעדיין אינו גמר הדבר רק גילוי מלתא בזה נעשה שליח והוא כמשלחו וכמ"ש הרי"ף בפ' החולץ גבי ואשתומדנא דאחוה דמיתנא הוא וכן מלאתי במגדל עוז פ"ג מה"א הט"ו ואף דבשעת קידושין הוי גמר הדבר והוא דבר שבערוה מ"מ כיון שהוחזק מעיקרא עפ"י דבורו של שליח שהוא במקום המשלח סגי וכמ"ש הרמב"ם גבי ע"א אומר חתיכה זו היא חלב אם א"כ אכלו אחר נלקה ובהדיא"י לגיטין דכ"ע כתבתי בהא דמילי לא ממסרי לשליח שיהא כמשלח לעשות שליח אחר דבמילי לא אזל השליחות שיהא שלוחו של אדם כמותו עד שעת מעשה לכן טרם שנעשה המעשה דעדיין אינו משלח א"י לעשות שליח אחר וא"כ בשליח הולכה דמשלח מסר בידו כסף או שטר קידושין וכן בגט דנעשה מיד שליח וכשאומר פלוני שבאני שליח נאמן בשליכא הכחשת אחר והוחזק לשליח לכן אהני מה שמקדש או מגרש האשה אח"כ משא"כ בש"ק דלא ניתן בידו כלום ועדיין לא חל השליחות עד שנעשה מעשה א"כ נ"ל כבר הוחזק שהוא כמשלח דאפילו יהא אמת דנעשה ש"ק הוי רק מילי ולא נעשה כמשלח וא"י לעשות שליח אחר במקומו ובשעת מעשה שמקבל הגט או הקידושין הוי גמר הדבר והוא דבר שבערוה אינו נאמן בלא עדים כיון דעד שעת קבלת הגט או הקידושין לא היה יכול לעשות שליח אחר במקומו דלא נעשה עדיין כמשלח ולא היה כ"מ כלל בדיבורו נ"ל דכבר הוחזק לשליח ועיין לקמן סימן קמ"א במ"ג וברמב"ם לא נמצא דש"ק יכול לעשות שליח רק בב"ה ולפ"ז א"ל מסר לו הבעל בקידושין רק לוה אותו לקדשה בכל כסף שירצה דאיתא לקמן ק"ס בהג"ה דהוי מילי וא"י למנות שליח אחר מודה הרמב"ם דצריך עדים דהבעל לוהו לקדשה ומ"ש הרמב"ם בפ"ו מה"ג ה"ד דשליח הבאה א"ל עדים דהכי דאין נותנת ביד השליח שום דבר מ"מ נעשה שליח הבאה כשנותן לו הבעל הגט ואז נאמן שהאשה מינתה אותו לשליח הבאה דעדיין אין מגורשת עד שיגיע גט לידה והוי רק גילוי מלתא וביה"ג פ"ג מה"א הט"ו הקשה אהא דרפ"ב דקידושין דמצריך קרא לשליח הולכה ולש"ק וע"כ דיש קרא לחלק א"כ נימא דקרא מרבי רק שליח הבאה ולא ש"ק ולפמ"ש י"ל דא"ל קרא ה"א דש"ק דהוי מילי שאני מב"ה דמוסר גט או קידושין לידו ואי דגם ש"ק יחול שליחותו בשעת מעשה הקבלה י"ל כיון דלא חל מיד תו לא מלי חייל להכי צריך קרא לש"ק מה תאמר דקרא אתיא לשליח הבאה הא גב הוא. נתחלה רק מילי וחל כשמוסר הבעל בידו הגט אף דלא חל מיד כשמינתה או לשליח הבאה וממילא ה"ה בש"ק ועיין ב"ש סי' קי"ג סק"ד.

ס"ד שגילה בדעתו בבור כתב דא"ל גילה א"ה אפילו נתרצה כששמע וכ"ד הרי"ף וב"ש הקשה הא חזינן למפרע דזכות הוא לו וזכין שלא בפניו ונראה דהא קי"ל א"ב לא אמרינן הוברר למפרע ואף דקי"ל בדרבנן י"ב משום דרק ספק אי הוברר למפרע מ"מ הא קי"ל יבל"מ נ"ה ימים כיון דלא ידע מעיקרא אף דכשנודע לו נתיישב אלא כאן דאם הוברר למפרע דניחא לו זכות הוא לו וזכין שלא בפניו אך תיכה אי הוי ודאי קידושין אבל בספק קידושין אסיר לדור עמה בלא קידושין אחרים אין כופין אותה להתקדש ומל"מ פ"ז מה"א נסתפק בשלח שליח לקדש לו אשה וקידשה ס"ק אי הוי שינה בשליחות דקפידא הוי עיי"ש וא"כ עכ"פ ליכא זכות ובשיעק כאן סק"ז כתב דאפילו גילה שבן דעתו שרוצה בה מ"מ בבור דבספקדשה שאב ס"ק דאינו זכות אלא גם חוב הוא לפי שנאסר בקרובותיה וא"כ כיון דספק אי הוברר למפרע ול"ה רק ס"ק דלאו זכות הוא ממילא הוי כישל"מ דל"מ.

ובתה"ד ס"ס קפ"ה כתב דמוכח בפ"ב דב"מ דהיכא דצריך שליחות דבעלים אף דחזינן בתר הכי דניחא לבעלים מה שתרם אחר שלא"מ ל"מ משום דבעינן למידע בשעה שנעשה שליח

דזכות הוא וניחא לו וכה"ג הוי דומיא דאתם דאנן סהדי אי הוה הכא הוי ניחא לו וא"כ מה יועיל כאן דשמענו אח"כ דנתרצה הבן נהי דאיגלאי למפרע דזכות הוא לו מ"מ בשעת קידושין ליכא אנן סהדי וא"כ קשה בהא דלקמן סימן ל"ז סי"א דעת הר"ן והרא"ש שהובא בב"ש שם שקיא דכשנתרצה האב כששמע הוי קידושין למפרע אלא דאם נ"ל שהאשה הקטנה שליח של אביה רק רצונו ניחא דלא אמר שתה"ד רק היכא דצריך שליחות וכ"מ ברא"ש בקדושין פ"ב סימן וא"ו דמחלק בין קידש האב שלא"מ בנו דלא"מ נתרצה הבן אח"כ ובין נתקדשה הקטנה שלא מדעת אביה דמהני כששמענו דנתרצה האב אח"כ משום דאב א"י לקדש בנו רק בתורת שליחות אך האחרונים הקשו דהא הרא"ש ס"ל דאומר אב לבתו לאי וקבלי קידושיך משום שליחות הוא ור"ן כתב וכ"מ רבוי דבתר קידושין מאי מהני איכא למימר דה"ע לפי שכל אדם רוצה להשיא את בתו ומלוה דמיא עליה כמי הוא וזכין לאדם שלא בפניו ומיהו טעמא דנתרצה האב כששמע הא א"ל נתרצה ל"ה קידושין לפי שאינו זכות גמור שהרי יוצאת מרשותו לכמה דברים אבל כל שנתרצה גלי אדעתיה דזכות הוא לו ומהני משעה ראשונה עכ"ל ולפמ"ש עדיין לא מתיישב הן מטעם דצריך שיהא ידוע בשעת קידושין כמ"ש תה"ד הן מטעם דא"ב והוי רק ספק דנמלא תו אינו זכות ול"ל משום דגם בלא שמענו דנתרצה אח"כ יותר נוטה דסתמא אלו הוי שמע היה נרוצה משום טעם הר"ן וגם לפמ"ש פרש"י אהא דאפילו לרו"ם דחיישינן שמא נתרצה האב שמא נתרצה הבן לא אמרינן דאב בקידושי בתו בכ"ד ניחא לו דטב למיתב ט"ד אבל גברא דייק ונסיב עכ"ל ומ"מ רק חיישינן לרו"ם שמא נתרצה האב דלא אלים סברא זו לעשות ודאי גמור אבל כי שמענו דנתרצה כששמע נעשה ודאי גם למפרע כאלו ידענו בשעת קידושין ול"ד לשאר ברירה דמעיקרא הוי רק ספק שקול וכן בהא דתרם שלא מדעת חברו אבל בנתרצה הבן הוי מעיקרא ספק שקול כיון דליכא גביה סברא דבכ"ד ניחא לו ודייק ונסיב לכן אפילו כי שמענו אח"כ דנתרצה הבן ס"ל לרא"ש דלא מהני הן מטעם דא"ב הן משום דהוי ספק שקול בשעת קידושין לא הוי דומיא דאתם כמ"ש תה"ד ולפ"ז מתורץ קושית רש"י דכיון דמסיק דבפירש אמר רבינא דלא ס"ל להא דרו"ם למה אמר דאפילו לדדהו נתרצה הבן לא אמרינן ולפמ"ש א"ש דאם הבן היה שוה להבת היה מועיל אם שמענו אח"כ דנתרצה האב כששמע אבל כיון דבבן כיון דל"ל גביה דניחא לו משום דטב למיתב ט"ד וגם דייק ונסיב ממילא אפילו אם כששמע נתרצה ל"מ אף דלהתה"ד נראה דצריך שיהא אנן סהדי בשעת שנעשה שליח דזכות הוא לו מ"מ ראייתו של תה"ד אינו מוכרח רק בכגון דתרם שלא מדעת בעה"ב דליכא זכות כלל בשעה שתרם רק כששמע בעה"ב וניחא לו באנו לדון למפרע וגם זה אינו מבורר בודאי על למפרע דתליא מלתא אי אמרינן י"ב ופליגי בזה תנאי ואמוראי וקי"ל דהוי ספק אבל היכא דבשעת מעשה הסברא נוטה יותר דזכות הוא לו ואי הוה שמע היה ניחא לו נהי דלא סמכינן על סברא זאת להיות כודאי עד כששמע וניחא לו אזי גילוי מלתא בעלמא הוא על למפרע ואנן סהדי עכשיו דבשעת מעשה היה זכותו ואלו שמע היה ניחא לו סגי בזה וכן משמע מלשון תה"ד שכתב

דהתם בשעה שנעשה שליח לא ידעינן כלל דניחא ליה וכעין זה כתב מהרש"א בר"פ שור שנגח את הפרה אף דאין חייב קנס עפ"י הודאות עצמו מ"מ אם יש אומדנא בלא הודאתו נהי דלא סמכינן על אומדנא זו מ"מ ע"י צירוף הודאות בע"ד אנן סהדי וחייב קנס.

ובזה א"ש טעמא דמ"ד ל"ח שמא נתרצה וכן קי"ל ואיך ניקל בספק איסור כרת ומבואר בחולין דף קל"ד דבספק מיתה או כרת לא סמכינן אחזקה אע"כ משום דכשיש ספק ליכא אנן סהדי על שעת מעשה וגם ליכא זכות וכמ"ש וס"ל דלא אמרינן סתמא זכות הוא לו מטעם שכתב הר"ן שיוצאת מרשותו לכ"ד ועוד כיון דמלוה בו יותר מבשלוחו וכן באביה מלוה בו יותר מבשלוחו כמ"ש במהרי"ט ר"פ הא"מ אדרבה רוצה שיעשה המלוה בעצמו וחוב לו כשחטף אחר המלוה וכמבואר בחו"מ סימן שפ"ב וממילא אף כששמע נתרצה ליכא אנן סהדי על למפרע ולא הוי ספק לכן ל"ח שמא נתרצה ובזה אזלא תמיהת הרא"ש מעל הרי"ף בפ"ב דקידושין ס"א עיי"ש והכי מוכח מהא דרבינא דנתרצה הבן לא אמרינן למה לא נשאל פיו כשהוא לפנינו דאפילו כשיש חזקה להיתר צריך לשאול כדאיתא בא"ח סימן תל"ז ס"ב אע"כ דאפילו יאמר שמרוצה לא מהני והא דל"ח דארצויי ארצי קמיה מעיקרא או האב אמר לבתו לאי וקבלי קידושיך נראה דהא דלא סמכינן אחזקה באיסור מיתה או באיסור דאורייתא לפוסקים ביו"ד סימן קי"ז הובאו בש"ך שם היינו אם נעשה המעשה אלא לא ידעינן אימת וכההוא דחולין דף קל"ד ויו"ד סימן קי"ז וכן למ"ד דחיישינן שנתרצה אחר המעשה כששמע דודאי סופו להשמע והספק אם נתרצה או מיחה אבל לחוש דארצי קמיה הוי ספק אם נעשה מעשה או דיבור זה ל"ח דאפילו רובא דתלוי במעשה לא אזלינן בתריה וכל הטוען חדש עליו הראיה אפילו מוחזק כמ"ש הרשב"א בשם הגאונים הובא בב"י חו"מ סי' ר"כ וכ"כ בח"ר ביבמות דף ל"א ע"ב אם הספק שמא נעשה מעשה האוסרה עליך הראיה וה"כ אמרינן אחזוקי ריעותא לא מחזקינן וגם לשאול פי הבן א"ל דהשתא אינו נאמן בדבר שבערוה על מה שהיה כבר עמ"ש לעיל ס"ג ומהרי"ט בחידושי קידושין דף מ"ה לענין אם צריך עדים על מינוי השליחות דגם לרמב"ם דא"ל עדים היינו כשאומר לפני הקידושין שנעשה שליח אבל אח"כ אינו נאמן שו"ר בשו"ת בית יוסף שאלה זיין דמודו רו"ם דל"ח שמא נתרצה מעיקרא והכריח זה מפרש"י והגמרא ולפמ"ש הוא מלתא בטעמא.

עוי"ל הא דס"ל לרי"ף אפילו שמענו דנתרצה אח"כ ל"מ לפי מה דאיתא בב"ב דף קמ"ב בגר שמת ובזבזו נכסיו ושמעו שאשתו מעוברת חייבין להחזיר החזירו ואח"כ שמעו שהפילה אשתו מי שהחזיק בשניה קנה בראשונה ל"ק משום דרפוי מרפויין בידייהו ופירשב"ם דלא נתכונו להחזיק לגמרי דהא מספ"ל אם יש לו יורשים וכתבתי במ"א דל"ד לכל ספק קנין או קידושין דכיון דרוב נשים מתעברות ויולדת נוטה יותר שיהא לו יורשים וא"כ ה"כ כיון דא"ח שמא נתרצה אף דהוי איסור א"א ע"כ משום דסתמא לא נתרצה א"כ רפוי בידייהו ולא קנו אפילו נתרצה אח"כ כששמע.

והרא"ש כתב דכששמענו אח"כ שנתרצה האב לכ"ע הוי קידושין וכן פרש"י דל"ח

אא״כ שמענו כן והיינו מדכתב רש״י בפירש שמעתי ממנו דל״ש מר לדרו״ם דאמרו שמא נתרצה האב וכ״ש לשמא עשאו הבן שליח אא״כ שמענו ולא ניחא לרא״ש לפרש כונת רש״י אא״כ שמענו דעשאו הבן שליח דזה א״ל וכן א״ל דשמענו דנתרצה האב קודם שקיבלה בתו בקידושין ולע״ד כונת רש״י דכ״ז דלא שמענו שעשאו הבן להאב שליח ל״ה אף כשאמר האב טרם הקידושין שהבן עשאו שליח מ״מ כיון דלא חליף איכש לשויי לאביו שליח לא מהימן ואפ״ת כי אמר דהבן אגלי קמיה מהימן א״כ י״ל מגו מ״מ מגו ל״מ כשטוען עתה דבר דלאו אורח ארעא כמבואר בכללי מגו וכ״ש לשיטת הר״ן דרבינא ס״ל אפילו אגלי הבן קמי דאב ל״ה לקידושין עיי״ש ויב הוכחה לזה דילו״ד הא רש״י אין דרכו רק לפרש ולא לפסוק ומה רלה בזה שאמר אא״כ שמענו וגם מכ״ל זה ולפימ״ש י״ל עפימ״ש בבו״ת בית יוסף בהלכות קידושין מדפרש״י אהא דרו״ם חיישי שמא נתרצה האב כששמע וה״ל קידושין למפרע מוכח דלשמא נתרצה מעיקרא ל״ח גם לרו״ם ובהכי מתורץ מה דאיכא למידק כי אמור רבנן לרבינא ודלמא אגלי קניה אמאי לא השיב רבינא גופיה כמו שהשיב רב״ש א״ו משום דרבינא אמר אפילו לרו״ם מודו בבן כי היכי דליקבליה מיניה כמו שפרש״י ה״כ הזא רב״ע דרבינא רלה לומר דגם רו״ם מודו דלמעיקרא ל״ח מש״ה הקדימו רב״ש ולא שבקיה לשנויי להו הכי אלא גלי דרבינא בפירש אמר דלא ס״ל כרו״ם והקשה הב״י לנפשו דא״כ כדאמרו ליה רבנן לרבינא ודלמא שליה שוייה אמאי איצטרך למימר לא חליף איכש לימא להו דרו״ם לא חיישי למעיקרא ותירץ דעדיפא מיניה משני אאת״ל דרו״ם חיישי למעיקרא את״ד וסוף דבריו דוחק דיותר עדיפא לשנות דרו״ם לא חיישי למעיקרא דתו לא היו יכולים להקשות ודלמא אגלי קניה וגם כ״מ בהא דרו״ם דמודו בידוע שמת האב קודם ששמע דאפילו מי שירלה להחמיר כרו״ם יתיר בזה דהרי הזכן דרבינא חייב דלא יקבלו ממנו להתיר כנגד רו״ם ולפימ״ש א״ש דאם היה משני דל״ח דשוייה לאב שליח משום דלא חיישי למעיקרא היה יולא מזה כשאמר האב לפני הקידושין שעשאו הבן שליח נאמן דא״ל עדים במינוי השליחות כמ״ש הרמב״ם והאחרונים והוא בסעיף שלפני זה כאן לכן אמר דלא חליף וכיון דלאו אורח ארעא לא מהימן ע״כ כתב רש״י עד כאן דהקדימו רב״ש משום שלא יתרץ רבינא דרו״ם מודו דל״ח למעיקרא דא״כ למה משני מעיקרא תהלה דלא חליף לזה פירש דאהכי לן דלא לחוש לשוייה שליח עד דשמענו אבל האב לא מהימן ולדינא ל״ע אם לסמוך ע״ז בזה״ז דלא חלוף דבעקבתא דמשיחא חוצפא יסגי כדאיתא בשילהי סוטה.

לשדכה לו וברכ״י הביא מהר״א ילחקי דקשיא מכזיר די״ב דלא משוי איכש שליח דתיהני מדין זכיה וכ״ל לפימ״ש תוס׳ בגיטין ס״ו ע״ב בד״ה הא כתב הגט בתירוץ שני נהי דמכשר ר״מ מילאו באשפה היכא שלוה לכתוב מודה ר״מ שלריך לעשות לוויו וביאר הפנ״י דבריהם אעפ״י דעשו כמו שלוה הבעל מ״מ כיון שעשאום שלוחים לריך שיועיל מדין שליחות וכיון דמילי לא ממסרי לשליחות לא נעשה לוויו עיי״ש א״כ ה״כ עדיף ג״ד לשדכה לו דלא לווהו לקדש א״ל שליחות משא״כ בכה״ג דאמר לא וקדש דעשאו שליח ובמידי דלא מלי עביד השתא לא חל השליחות א״י לקדשה בתורת זכיה דלא נעשה ליוויו שעשאו שליח.

וגם לפי תירץ ראשון בתוס׳ שם י״ל דבזיר אמר תחלה הטעם דלא ומסר בקרובי אשה שהיתה אסורה עליו כשאמר לו לא וקדש לי אשה משום דלאו דעתא דאיכש אהא דלא קיימא קמיה והקשו בש״ס שם ומתרץ אמרי דלא משוי איכש שליח במידי דלא מלי עביד השתא ופרשו תוס׳ דלא מלי משוי א״כ י״ל כהי דאפרך טעם ראשון היינו להסק״ד דמלי משוי שליח ה״כ דעתיה עלה אבל למסקנא שפיר אמרינן כיון דלא מלי משוי שליח שמא לא היה דעתו עלה דעל זה ליכא פרכא וכיון דלא הוי דעתיה עלה ליכא גילוי דעת עלה תדע מדלא אמר אלא משמע דלא עקר טעם ראשון ומשום דאם היה דעתו נמי עלה אלא דל״מ מדין שליח יועיל מדין זכין שלא בפניו ובהכי מדויק לשון הש״ס אמרי לא משוי איכש שליח אלא במלתא דמלי עביד השתא במלתא דלא מלי עביד ליה השתא לא משוי דיל״ד כיון דהכונה דלא מלי משוי שליח הל״ל לא מלי משוי שליח ולפימ״ש א״ש דמוכרח לומר דגם דעת המשלח אינו על מידי דלא מלי עביד השתא כיון דלא מלי משוי שליח דעתו רק אמידי דיכא נעשה שליח כיון דהוא שליח עשהו ולכן גם מדין זכין שלא בפניו לא מהני דזכיה לא מהני אלא בזכות דמוכח דאכן סהדי וכמ״ש לעיל בשם תה״ד וה״ד כגון שגילה דעתו בפירש שישדכה לו אבל בהא די״ל כיון דלא מלי עביד השתא ולא חל השליחות לאו דעתו עליה תו ליכא ג״ד דמוכח וא״כ אדרבה משם ראיה.

אך בחס״ז לזיר שם כתב ומפירש הרא״ש דלמסקנא שם בש״ס אפילו פירש בפירש שעשאו שליח אפילו לנשים שהן עתה אסורות אם יהיו מותרות ל״ה שלוחו ואם כשוה דבריו למ״ב כאן עכל״ל כמו שכתבתי לפי תירץ שני שבתוס׳ גיטין ואפשר דהא דאסור בכל הנשים משום חזקה שע״ש דוקא אם נעשה שליח דנתקיים דברי המשלח כשעשאו שליח אבל במידי דלא מלי עביד השתא דלא מלי עביד שליח אלא אא״כ במידי דזכות זכין שלא בפניו ונעשה אז שליח מאליו ליכא חזקה שליח עושה שליחותו דהא מעיקרא לא נעשה שליח והוי פטומי מילי בעלמא אח״כ מלאתי בשו״ת ר״א ששון סימן ק״ה שכתב וז״ל ואין להקשות דהאיך נאמר שתהא מקודשת מטעם רלוי וכי עדיף זה ומעשאו הקטן שליח דאמרינן אין שליחות לקטן ואמאי לפחות יהא זה רלוי דהא לאו מלתא הוא כשנתקדשה בתורת שליחות המקדש כיון דלא הוי קידושין משום שהמקדש לא קדשה בתורת זכות אלא בתורת שליחות ואין שליחות לקטן אמנם כשקדשה בתורת זכיה ניחא הזכין לאדם.

כ״ן בהג״ה. לוה אותו לקדשה יל״ע לפמ״ש לעיל בס״ד דמהני ג״ד ומבואר בתה״ד הובא באחרונים דאף איכש דעלמא מהני א״כ אפ״ת מילי לא ממסרי מ״מ גלה דעתו דזכות הוא לו וכזה קשה בגמרא ר״פ הא״מ דאמר שליחות בקידושין מכ״ל לפוסקים דזכיי׳ אינו מטעם שליחות ולפמ״ש לעיל ס״ד מהתוס׳ דהיכא דעשה שליח ול״מ משום דמילי לא ממסרי לשליח גרע מלא עשה שליח ה״נ א״ש.

השולח כתב ע״י כותי זה דברי רי״ו בנכ״ב בח״ח סוף ח״ג ושם בתחלת ח״ג כתב אם גלה

גלה לשדכן שהוא חפץ באשה פלונית והלך השדכן וקדשה לו בלא מינוי שליחות היא מקודשת ולכאורה הנהו דברים שבלבו הוו דברים שבלב כהנו דשולח כתב נמי יש גילוי דעת ולפמ"ש לעיל דכשעושה שליח לריך שיהא שליח גמור מדיכא א"ב אך ממ"ש שם באותו חלק דאם אמר לשלוחו לא וקדש לי אשה ומת השליח מותר בקרובת נשים שהיו נשואות באותו זמן אע"ג דאחר שעשאו שליח נתגרשו כי כשעשאו שליח לא עשאו אלא על הנשים שהיה הוא בעלמו באותו זמן יכול לקדש עכ"ל דילי"ד הא מסקנת הש"ס בנזיר אינו מטעם דלאו דעתיה עליה אלא משום דלא מלי עביד אע"כ משום דהוקבה לו כהי דלא מלי עביד מ"מ יועיל משום ג"ד דניחא לו אע"כ דלמסקנא נמי היכא דלא מלי עביד השתא אין דעתו נמי וכמ"ש לעיל א"כ קשה למה ע"י כתב ביד עכו"ם א"י לעשות שליח דיועיל עכ"פ מחמת ג"ד.

סי"א שחזקה שע"ש בטוי"ז הקשה הא בלא"ה יש לחוש מספק ועיין ב"ש שדחה תירולו ונראה דאיתא ברפ"ג דבכורות דלא אזלינן בתר רובא דתלוי במעשה הרי דמיעוט דלא תלוי במעשה שקול כרובא דתלוי במעשה וא"כ כאן כהי דא"ל דשמא לא מלא האשה שנתרלית להתקדש לו משום דאיתתא בכ"ד ניחא לה וכדאיתא בר"פ הא"נ מ"מ שמא לא נתרח השליח ולא קידש שום אשה דחשש שמא קידש תלוי במעשה ואם לא קידש אינו תלוי במעשה א"כ אין הספק שקול לכן כ"ל חזקה שע"ש.

ואין אדם עושה שליח במהרי"ט תמה על התוס' דק"ל דאפילו פירש שעושה שליח במידי דאיהו לא מלי עביד עכשיו ל"מ דמנ"ל לתוס' דלמא כונת הש"ס דמסקנא אין בדעת האדם לעשות שליח אלא במידי דמלי עביד השתא אבל אי פירש מהני וכן דעת ר"י כמו שהבאתי לעיל ומל"מ פ"ט מה"א ה"ו תמה דהא הש"ס פריך מן ר' יאשיה דאמר דאם אמר לאפוטרופס כל נדרים שתדור אשתי עד שאבא לביתי הפר לה לא אמר כלום דכתיב אישה יפירנו ולא שליח מעמא דכתיב קרא הלא"ה היה מופר ומאי קושיא הא התם פריש להדיא ומכח זה סתר דברי מהרי"ט ונראה לחומר הנושא דבנדרים דף ע"ג ע"ב ובכ"ד אר"פ משמיה דרבא כל הנודרת ע"ד בעלה נודרת ודעת המפרשים דמש"ה גזרה תורה שיוכל להפר וקשה א"כ למה אמר ר"א פ"י דנדרים דף ע"ה האומר לאשה כל נדרים שתדורי מכאן עד שאבא ממקום פלוני יהיו מופרין הן מופרין והא שמעה שאין דעת בעלה שיהיו נדריה קיימין ומ"מ נדרה הרי דלא ע"ד בעלה נדרה ול"ל דכיון דכל הנודרת ע"ד בעלה נודרת והו שילאת ומהכלל גזרה תורה בתהא דעתה בעלה אבל כל אדם מדלא הלקה תירה וא"כ תינח כשעשה הבעל כדרך הבעלים להפר לה בעלמו או ע"י שליח כשמלי איהו עביד השתא אבל בזה שעשה שליח להפר מה שתדור אח"כ מידי דלא מלי איהו עביד דילא מזה מדרך הבעלים לא מבעיא כשהאשה לא ידעה מזה ל"ל בזה ע"ד בעלה נדרה דלא ה"ל למיסק אדעתא שעשה כן בעלה אלא אפילו ידעה מ"מ ל"ל בטלה דעתה אגל כל אדם כיון דבעל מלתא יתירתא עביד הוא לבדו שאין דרך העולם לעשות כן לעשות שליח להפר כשתדור שלא יחול הנדר כלל טרם שמעכו דבעלמא רק מיגז גייז מבעת שמיעתו והפרתו ועוד דקרא מיירי בלא ידעה מהפרתו כדאיתא בנזיר דף כ"ג דיליף לה מדכתיב אישה הפרם וד' יסלח לה ופרש"י שם דלעיל מיניה דכתיב יניא אותה מיירי בידיעתה וכתב בארה מישור דלשון יניא אותה הכי משמע בידיעתה אבל אח"כ כתיב הפרם ומשמע שלא בידיעתה וכיון דמיירי קרא שלא ידעה א"כ ל"ל בכה"ג דע"ד בעלה נודרת כיון דאמרת דאין דעת אדם לעשות שליח על מידי דלא מלי עביד השתא ובזה מתורץ קושיית תוס' למה פריך הש"ס מר' יאשיה ולא מדר' יונתן דאמר שאח"כ דלפימ"ש מדר' יונתן ליכא למפרך די"ל כשעושה שליח בפניה אבל ר' יאשיה דיליף מקרא דאישה יפירנו והא קרא דהפרה מיירי שלא בידיעתה אך התוס' דכתבו בנדה דף מ"ו דהא דכל הנודרת ע"ד בעלה נודרת היינו אחר שגזרה תורה דבעל יכול להפר א"כ ע"כ קושית הגמרא אינו כמו שכתבתי אלא ק"ל דאפילו פירש דעושה שליח על מה דלא מלי עביד השתא לא מהני ושפיר הוכיחו סברתם.

ומכח זה דמידי דלא מלי עביד השתא לא מלי משוי שליח אפילו פירש ערערו גדולים על מה שנהגו בנשתטית ע"י היתר מאה רבנים ולמסור גט לשליח שיתן לה לכשתתפקח הובא בהגהת מל"מ פ"ו מגירושין והובא במרכבת המשנה שם מגאון אחד דמועיל מטעם זכיה והשיגו מרכ"ה דזכין לאדם שמעכו אבל זכין מאדם לא שמעכו דזכות לבעל לגרש אשתו זכין ממכו עיי"ם ולפ"ד ח"כ ותוס' הובא בקלו"ח סימן רמ"ג שכתבו דלא אמרינן זכין לאדם אלא בזוכה המקבל באיזה דבר בלא"כ קשה אפי' לא יהא בסוג דזכין ממכו מ"מ כיון דאיכו זוכה באיזה דבר ל"ל זכין לאדם דכהי דמפטר מחדרגמ"ה או מחיוב מזוכות מ"מ אין זה רק גרמא אבל מה שכותן לה הגט ומגרשה אין הבעל זוכה בעלם הדבר ומג"א סימן תרכ"ח כתב דאם אין האיש בביתו יכולה אשתו למכור הלולב דזכין לאדם שלא בפניו והרי זכין ממכו ובחת"ם א"ע דחה דברי מרכ"ה דהרי זכיה ילפינן רפ"ב דקידושין מנשיא אחד למטה והתם לחוב ע"מ לזכות הוא כמבואר שם וכן הלכה רווחת למכור חמלו של חברו בע"פ בשעה חמישית מטעם זכין לאדם אף דהוה זכיה ממכו לאחר א"ד ולפע"ד אין סתירה מזה דכמו דאמרינן בפ"ק דב"מ דף ח"ת בשנים שהגביהו לגנוב אף דאבל"ע מ"מ מגו דזכי לנפשו זכה נמי לחברו וכן אמרינן שם ד"י בליקט פיאה אף דלא מלי לזכות לחברו במקום דחב לאחריני מ"מ אמרינן מגו דזכי לנפשו זכי נמי לאחריני ה"נ במוכר של חברו לאחר דאם לא יזכה האחר בהמקח לא יזכה חברו בדמיו אמרינן זכין לאדם ומזכה חברו בדמיו ומגו דזכי האי לחברו בדמיו זכי נמי ללוקח בהמקח וכן בהא דקידושין בחלוקת הארץ מגו דזכין לזה זכין מזה שלו לאחר ועכ"פ אין לנו ילפותא מנשיא אחד דזכין לאדם וזכין מאדם רק בכה"ג דנעשה בבת אחת וזה תלוי בזה אבל בגט דליכא רק זכין מזה לא שמעכו דהא דנפטר משאר וכסות לאו מידי בא לידו דליחשב דמזכין לו איזה דבר דלפיכך המקדש במלוה איכה מקודשת אף דנפטרת מלשלם לו דמ"מ לאו מידי יהיב לה.

ועוד לפימ"ש תוס' הבאתיו לעיל דאף במידי דלא בעי שליחות אם עשה שליח דאיכו מועיל מן הדין גרע וה"נ הרי עושה הבעל שליח ליתן לה הגט לכשתתפקח והשליחות איכו מועיל ובערך ש"י לחו"מ סימן שנ"ח הוכחתי דכמו דזכין לאדם שלא בפניו שיקנה ה"נ זכין לו לקנות משלו אף דלא מקבל

מקבל מחיר וכן מוכח מקידושין דף נ"ו בהא דפיתה לשם קידושין דס"ל לרב יוסף דא"ל קידושי אחרים כשנתרצה האב כששמע והלו קידושי ביאה לתפרע וכמ"ש אב"מ לקמן סימן ל"ז סקי"ב והרי בביאה אין זוכה האב כלום מ"מ קונה המפתה אותה כיון דנתרצה האב כששמע והוכיח שע"ת דזכות הוא לו ובפרק הרואה דף ס"ב ע"ב קרנא קריא ברומי בר מזבין שאני תאני דאבוך זבין הרי דרשאי למכור של אביו משום דזכות הוא לו זכין לו שלא בפניו ועיין תוס' ר"פ חרש דף ק"ג סד"ה מאן חכים מבואר דזכין ממנו שלא בפניו כשזכין לו נמי.

סימן ל"ו

ס"א שליח עש"ם דאם גלתה ובאב"מ כתב לפמ"ש בח"כ ותוס' בנדרים דזכין לאדם שלא בפניו אינו רק אם מזכין לו איזה דבר אבל אם לא מזכין לו שום דבר לא מהני מה דניחא לו כמו בתורם משל בעה"ב על תבואה של בעה"ב ה"כ האשה ניקנית ואינה קונה א"כ לא מזכין לה שום דבר אדם עי"ש וכבר כתבתי בסוף סימן ל"ה דאם מזכין לו מחיר מה שזוכין ממנו לכ"ע זכין שלא בפניו ול"ד לתורם דלא מזכין לו שום מחיר דהכל של בעה"ב וא"כ כאן דזוכה לה הכסף קידושין ואם לא תתקדש לא תזכה בכסף זה שפיר זכין לה שתתקדש ולפ"ז דוקא בכסף או שטר ש"פ.

ומ"ש שאינו כותבו אלא מדעתה ז"ד רמב"ן דכמו בגט דעת מקנה דהיינו בעל צריך שיאמר בעצמו לסופר ה"כ בקידושין ואפילו בחומרת אמרו הובא בב"י לעיל סימן ל"ב פירש אפילו בחומרת אמרו פסול ובספר בית הלל כתב לדעת רמב"ן דצריך מדעתה היינו שתאמר לשלוחה שיאמר לבעל לכתוב ולענ"ד הוא טעות דהא טעמו של רמב"ן דגמרינן מגט דצריך שהבעל עצמו יאמר לסופר אלא דלשון הש"ע אלא מדעתה משמע דא"ל שתאמר בעצמה להבעל או להסופר דאפילו אמרה על ידי שלוחה הרי מדעתה היא ונראה כיון הא דצריך מדעתה הוא ספק כדלעיל סימן ל"ב וכאן דעשאתה שליח לקבל קידושיה ס"ל לרמב"ס דקני דידו כידה רק רמב"ן פליג והוי ס"ס לכן כתב המחבר מקודם דעת המכשיר דתפס זה לעיקר וכתב דעת הפוסל רק דצריך מדעתה כיון דגם בגט ס"ל להרא"ה ור"ן דבאומר אמרו לסופר בשוי כשר וגם באומר אמרו סתם רבו הדעות כמ"ש הב"ש בסימן ק"כ סק"ז לכן בקידושין פסק המחבר דכשר וא"ל רק מדעתה ע"כ השמיט שיוס לדברי רמב"ן דגם בחומרת אמרו פסול.

ס"ח אעפ"י שנעשית לה צרה פרש"י אף דאין מעידות זל"ז מ"מ שליחותה דעבדה והקשה רא"ש דפשיטא לכן פירש כיש מי שאומר דכאן ונראה כונת רש"י דשליחות גופה אי לאו דגלי קרא ושלח ושלחה לא הוי ידעינן כדאיתא בר"פ הא"מ א"כ ה"א דוקא משום דחזקה שע"ש וסמכ"ד דמשלח אבל כאן כיון דנעשית לה צרה לא סמכ"ד בתקיים דיבורה להיות שלוחה והוי רק פטומי מילי וכמתנה מרובה בב"מ דף נ"ע וכה"ג איתא בפ"ק דקידושין דף ח"ת ע"ב בתנם לפלוני ע"מ שיקבלם לי ואף דהכא נתרצית להיות שלוחה מ"מ לא סמכ"ד שלא תחזור בה.

ס"ט וכשנתן בטור כתב לאחר שנתן והקשה בד"ה הא בקידושין תכ"ד לאו כד"ד וכבר זכתה הראשונה ותיכן דתכ"ד דאינו כד"ד בקידושין הוא רק דא"י לחזור עיי"ש ועדיין קשה כיון דא"י לחזור מהקידושין ממילא זכתה בכל דמי הקידושין וכן הקשה באב"מ לכן מוקי לה באו"א ולי נראה כיון דדמי אשה רק פרוטה כמ"ש הרא"ש בספ"ק דב"מ אהא דקדשה בבע"ה דא"מ משום דשמא ימחול ולא סמכ"ד אף דחייב מדד"ג דאינו חייב רק דמים שקיבל ודמי אשה רק פרוטה וה"א כבכורה להתקדש בשויו של כל דמי השטר ולא סמכ"ד א"כ הכא דעשתה שליח לקבל קידושין סתם ואלו נתן לשליח רק פרוטה היתה מתקדשת א"כ מה שהוסיף המקדש על פרוטה הוי כמתנה ובמתנה יכול לחזור תכ"ד כמ"ש בחו"מ סימן קל"ה ה"כ חוזר ממה שהוסיף והקידושין לא מתבטלים דל"ל דכבורה להתקדש רק בכל מה שנתן המקדש לשלוחה דהא אינה יודעת כלל כמה נתן לשליח ומתחלה מינתה השליח סתם ואפילו יקדשה רק בפרוטה ועב"ש בסימן ל"ז סק"א וב"ח שם דהיותר מפרוטה הוי מתנה.

ס"י ומ"ש בשו"ת ר"י מיגן ס"ב אחד עשה שידוך עם בתו הקטנה וטעו העדים וחתמו שטר שכתוב בו הנני מארס בתי למר יואב ופסק דאין לחוש שנתקדשה דמארס אינו נופל רק על חתן או שלוחו המקדשה ולא על אבי הקטנה ואין לחוש בדרך רחוק הולי יואב עשה לאבי הקטנה שליח ושייך הנני מארס וכו' וכתב הב"מ נשמע מיניה הא אלו עשה יואב שליח לאבי הקטנה שיקדש לו בתו מקודשת ותמוה הא קי"ל בחו"מ סימן קפ"ה ס"ב אין שליח יכול לקנות לעצמו דידו כיד משלחו ולא יצא הממכר מרשות בעלים וה"נ אין כסף הקידושין יוצאין מרשותו את"ד ונראה כיון דחש להעמיד לשון מארס הרי יש לחוש שנתרצה האב ליתן כסף הקידושין לאחר וכדאיתא בפ"ק דקידושין דף ז' תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת ויואב עשאו לאב שליח ליתן לזה שאומר לו האב נתמלא ע"י קבלת האחר דאין ידו כיד המשלח ומקדשת הקטנה תדע דאינו בשופטני עסקינן שיעשה האב שליח הרי יואב כשנתן הכסף לאבי הקטנה יכול לקדשה בעצמו א"ו דהסכימו ואב ואבי הקטנה שיקבל אחר כסף הקידושין ועשה יואב לאבי הקטנה שליח לזה.

לקדש בתו בוגרת בשו"ת הרא"ש כלל ל"ה ז"ל אם האב יכול לעשות שליח לקדש בתו בשליחות המקדש דהרשב"א לא הורה הדבר להתיר עיי"ש שהתפלא עליו ולי י"ל באפשר טעמו דחזינן דרובא טרם שנשאת הבת סמוכה על שלחן אביה ואיתא ברא"ש בעירובין דף ע"ט דא"י לזכות עירוב ע"י בנו ובתו הגדולים אם סמוכים על שלחנו דידן כידו וגם רשב"א דחולק ס"ע דכשמזכה לאחרים ל"ש איבה וא"כ כשאב שליח המקדש ידו כיד המקדש כמ"ש לעיל וי"ד בתו כיד האב א"כ כשנותן לה האב כסף הקידושין ידה כידו וי"ד אביה כיד משלחו ולא יצא הכסף מרשות המקדש ובזה נסתלקו כל הקושיות שהקשו עליו ועיין תוספת פ"ק דב"מ דף י"ב ע"ב דדין סמוכים על שלחנו דוקא בבנו ובתו שדרכו לזונם תמיד משא"כ עבד ושפחה עבריים ואדם אחר הסמוך על שלחן חברו ונראה מה דאמר דלא הורה הדבר להתיר דמשמע רק להתיר לכתחלה לא הורה משום הא דידה כיד אביה תק"ח הוא אם כן בדיעבד אין להפקיע הקידושין דמדאורייתא אין ידה כידו.

סימן ל"ז

ס"ה קדשה אביה בגמרא פע"י דף ע"ט קדשה אביה בדרך וקדשה א"ע בעיר והרי היא בוגרת רב אמר הרי היא בוגרת לפנינו פרש"י מלאכוה בוגרת בו ביום וכתב על"א דמשמע שלא נודע לנו בשעת קידושיה אם היא בוגרת ויל"ד למה לא פירש שנודע בשעת קידושיה שהיתה בוגרת ואם לשון דהרי הוא בוגרת לפנינו משמע שאח"כ בדקנוה קשה על הגמרא למה נקט כה"ג עיי"ש ונראה דשו"ע בסימן למ"ד ס"ק ל"ט כתב לענין ח"ד דדוקא בדבר שנעשה בזאח"ז שא"א לראות בשנה ראשונה מה שיהיה בשניה ל"ה חלי דבר אבל שנים אומרים אחד בגבה אף שלא בדקו יותר מחות שנאנשו הוי ח"ד ועפ"ז כתב בנה"מ בהלכות תפיסה סק"ז מב"ה בקידושין' ספק קרוב לה הוי כמקדש בלא עדים כיון שהיו יכולין לראות כל הדבר ולא ראו הוי ח"ד ול"ה עדות כלל אפילו יבואו עדים אחרים שלא ראו זריקת הקידושין רק אומרים מדדנו את הכסף שמעידין אלו העדים שזרק לה והיה קרוב לה ג"כ ל"ה קידושין את"ד ולפ"ז כיון שהעדים שראו קידושין שלה ולא בדקוה אם היא בוגרת אף דאח"כ בדקוה ע"י אחרים ונמצאת בוגרת הל"ל דאינה מקודשת וקמ"ל דהרי היא בוגרת לפנינו כיון שעכשיו נודע לנו שהיא בוגרת אף דעדי קידושין לא בדקוה לא הוי חלי דבר ולפ"ז מוכח דלא כנה"מ דאם נודע אח"כ לא הוי ח"ד דמה לי אם לא ידעי העדים בשעת קידושין אי הוה קרוב לה או אם לא ידעי שהיא ברשות עצמה לקבל קידושין דבין כך וב"כ הספק לעדים אם נתקדשה וא"ל דמיירי דעדים של קידושיה בדקוה אח"כ ומצאוה בוגרת דכה"ג מודה נה"מ דמהני וכמ"ש בספר קה"י הובא בפ"ת לעיל סימן ל"א סק"ה וכן מוכח בנה"מ שם דדוקא אם אחרים מדדו ומצאו קי"ל הוי ח"ד דאין לשון רש"י מורה כן דכתב בדקניה ומצאוה בוגרת וכן לשון הגמרא דהרי היא בוגרת לפנינו דמשמע לפנינו הב"ד שהם בדקוה ולא העדי קידושין ועוד הא שמואל אמר חוששין לקידושי שניהם דאימר השתא היא דבגרה א"כ גם לאחר שבדקוה ונמצאת בוגרת אין ידוע אם בשעת קידושיה היתה בוגרת ולמה הוי ספק קידושין הא לעולם ספק לעדים אך י"ל לפמ"ש בנה"מ שם דדוקא כשיש חזקה אזי בשספק לעדים הוי ח"ד וכן מבואר במרדכי בשם מהר"ם הובא בחו"מ לעיל סימן למ"ד סק"ח והכא לענין קידושיה ליכא חזקת פנויה דממ"נ מקודשת כמ"ש תוס' שם והא דחושש שמואל לקדושי אביה די"ש חזקת פנויה אם היתה בוגרת ה"ע כיון דקידשה בדרך והשתא לא היתה שם לא היה אפשר לעדים לראות יותר דכה"ג לא הוי חלי דבר עיין קמ"ע שם ולפ"ז מיושב קושית הפנ"י שם דהוי יתור לשון מה דנקט קדשה אביה בדרך דסגי היה לומר קידשה אביה ואח"כ קידשה עצמה.

ס"ו בהג"ה או ימעוד אצלה בתרומת הדשן סימן ר"ג כתב ימעוד ע"ג ויחזיק בידה ול"ל דרמ"א ס"ל דע"כ היא וא"ו מחלקת דאל"כ כיון שמחזיק בידה הרי עע"ג אך בשלמא מחזיק בידה שפיר הוי נקיבל שאב אבל עע"ג מה יועיל ונתקשו באב"מ ובקו"א למנקה ונראה דס"ל דיש יד לקטנה לזכות לעצמה כמ"ש תוס' ורא"ש בפ"ק דקידושין די"ע אך לאו בת דעת היא לכוין להתקדש וכ"כ פנ"י שם ובגיטין דף כ"ג ההא דכתבו חב"ו פריך והא לאו בני דעה נינהו ומשני בגדול עע"ג לכן ה"כ באביה עע"ג מהני דעתו וכונתו.

עוד אפשר לומר לפמ"ש בח"ר בפ"ק דחולין דף י"ב בשם ר"י הא דמהני בגט גדול עע"ג שכל דבר שאפשר לעשותו ע"י שליח הוי עמידה ע"ג כונת העושה ומדין שליחות עיי"ש הרי אף דאין שליחות לקטן לא איהו לגדול ולא גדול לקטן מ"מ בגדול עע"ג קטן מצטרפין הכונה והמעשה והוי כונת העושה מדין שליחות ה"כ היכא דצריך שיהא גדול העושה כגון כאן דהקטנה ברשות אביה לקדשה ואינה ברשות עצמה הוי מעשיה כאלו אביה עושה כשעע"ג לכן אאה"ל דאין לקטנה יד לזכות אפילו בדאמ"ק מ"מ כשאביה עע"ג הוי כאלו אביה מקבל וזה מדויק יותר בלשון הרמ"א שכתב דהוי כאלו קבלו בעצמו ונראה מה שהפך רמ"א הלשון דמהרא"י כתב ימעוד ע"ג ויחזיק בידה ורמ"א כתב קודם יחזיק בידה והדר או ימעוד אצלה משום דרמ"א ס"ל והכי עדיף טפי משיקבלו בעצמו דהרי י"א דאסור לקדש בתו קטנה א"כ עדיף כמו שימעוד אצלה משיחזיק בידה דאם יחזיק בידה עושה האב עיקר המעשה והכונה והקטנה כגרזן ביד החוצב.

ועוד נראה דבפרק כ"כ דף קכ"א אהא דתנן קטן שבא לכבות אין שומעין לו פריך והא אין ב"ד מצווין להפרישו אר"י בקטן העושה לדעת אביו וביבמות פי' הרא"ש דף קי"ד אהא דלידבר עליה כמי אר"י בעושה ע"ד אביו ופרש"י ביבמות שהתינוק צופה באביו ורואה שנוח לו בכך ואביו עומד עליו דהוה כאלו מצווהו לעשות ובפ' כ"כ פרש"י בקטן שיודע להבחין שהכבוי זה נח לאביו ועושה בשבילו ועמדו בזה למה שינה רש"י הפירש ונראה שדקדק מלשון הש"ס דביבמות אומר בעושה ע"ד אביו משמע דהחילוק בעשיה לכן פרש"י שצופה באביו וכו' ובפ' כ"כ אומר בקטן משמע דהחילוק בקטן לכן פרש"י שיודע להבחין וכ"פ מליכו בש"ס לשונות מתחלפים אפילו במימרא דחד אמורא וכמ"ש בשו"ת רשב"א סימן רכ"ח והובא בכללי הש"ס עכ"פ חזינן דיש חילוק בקטן דלפעמים סגי בעע"ג דיודע להבחין ועושה לדעת אביו ופעמים צריך שיהא מוכח ממעשיו שעושה לדעת אביו לכן ה"כ בקטנה אם יודעת להבחין סגי בעע"ג ואם לאו צריך בי"ה.

ס"ז אי שוי שליח אחריכא עמו"ח ועו"ז מה שהשיגו על הב"ח דאי מבטל אף לבסוף לא בטליה לקמא וכ"ל דאם קידש קמא אחר שקידש שליח בתרא תליא בברירה כמו אם יצא חכם למזרח דה"כ אי מבטל קמא יהיו קידושיו קידושין ויתבטל קידושי שליח שני למפרע וכיון דקי"ל א"ב נמצאו קידושי שניהם ספק וקי"ל לא מחית איניש נפשו לספיקא כדלקמן סי"ז ופרב"י במשנה דקידושין דף ס"ד ע"ב דלא מחית איניש למימר מילתא דליתי בי' לידי שאילה לחכמים ואאת"ל דאינו יודע הדין מ"מ דעתו ע"ד חכמים כמ"ש תוס' בפ"ק דערכין דף ה' בד"ה אדם אף דהתם קאי לר"מ ואנן קי"ל כחכמים בא"ס דצריך לתקן הלשון וכמ"ש בכמה מקומות וא"כ כאן דלפי הדין יהיו שניהם בספק לא מחית נפשו לספיקא כיון דא"א להיות רק ספק לכן ודאי ביטול שליח קמא אם לא יקדם לפני שליח בתרא וא"ל דא"כ גם זה תליא בברירה אם אסכה שליח קמא טרם יקדם שליח בתרא דזה א"ל להיות מבורר למפרע

למפרע דבשעה שקידש בתרא יהא נברר כבר ומבואר בבו"ת הרשב"א דהיכא דאל"ל הוברר למפרע לכ"ע י"ב מבא"כ אם יקדש שליח קמא אחר שקידש שליה בכי ל"ל ברירה למפרע לבטל קידושי שני דאם אין ברירה למפרע אלו קידושי שליח שני וא"א עוד להול קידושי שליח ראשון.

סי"א ומשעת שמיעה ואפילו נתאכלו המעות כ"כ ג"כ ח"ר והקשה אב"מ הא קי"ל כשמואל בפ"ב דף מ"ט בפודה בני תוך ל' ונתאכלו המעות אין בני פדוי כיון שאין בידו לפדותו תוך ל' ובעוד כשיתרצה אביך הוי דשלב"ל ומי איכא מידי דהשתא לא חייל ולבתר הכי חייל עיי"ש וכ"ל דיל"ד כיון דבח"ר כתב דע"ד שיתרצה אביה קידשה והוי כאומר ע"מ א"כ כל ע"מ כאומר מעכשיו ולמה כתב דא"מ רק משעת שמיעה ודעת רש"י ור"ן באמת דחלין למפרע כיון דקלא זכות הוא לו ורשב"א ורמ"ה ל"ל דס"ל כיון דבפרק כל הגט אמרינן בהרכי בועלך ע"מ שירצה הבא תליא בברירה א"כ הא קי"ל א"ב אך במהרי"ט כתב דאף דא"ב הייכו דלא חל למפרע מ"מ חייל כשיתברר וה"נ בשלמא בהרכי בועלך א"א לחול א"כ דכלתה הביאה מבא"כ כשמקדשה בכסף חייל כשיתברר ואף דהא דא"ב רק ספק מ"מ כאן א"א שתהא מקודשת למפרע מספק דקי"ל לא מחית איכש נפשו לספיקא כדאיתא בקידושין דף ס"ד וברמב"ם פ"ז מקידושין הט"ו ובכ"מ שם כתב דהיכא דאלו קידש מעכשיו הוי תפסי קידושין מספק השוב דבר שב"ל וחייל כשקידש שיחול לאח"ז בודאי א"כ ה"נ אם היה רולה לקדשה מעכשיו ע"מ שיתרצה אביה היתה מקודשת מספק אם יתרצה אביה א"כ לכן אף דאינו מקדש רק שיחול אחר שיתרצה אביה בפ"כ חייל בודאי דחשוב בידו לקדשה מיד.

ואם קדשה בביאה כתב אב"מ בסק"ב דמשמע בקידושין דף מ"ו דמקודשת למפרע אם נתרצה האב כשמשמע אח"כ והקשה ממ"ר ותוספת בנדרים דף ל"ו אהא דתורם על של חברו משל חברו דאף דזכות הוא לבעל הפירות וניחא לו לא מהני דלריך שיהא שליח מדעתו של בעה"ב עיי"ש ולענ"ד הם לא כתבו רק בתרומה דגזה"כ גם אתם מה אתם מדעתכם אף שלוחכם מדעתכם וכמ"ש הש"ך בחו"מ סימן שכ"ח לחלק דבממון יכול ליטול של חברו אם ידוע דאם היה יודע היה ניחא לו ושאני תרומה דגזה"כ דלריך מדעתכם ממש וא"כ ה"נ בקידושי קטנה כיון דהוכיח סע"ת דניחא לו הזכות הוא לו לאביה אך לפמ"ש דתליא בברירה א"כ בביאה ל"ל דמקודשת למפרע והא דס"ד בקידושין דף מ"ו דבריתא מיירי בפיתה לשם אישות ל"ל להס"ד דאתיא כמ"ד י"ב.

ב"מ הוכיח בפוסקים דאפילו נתרצה אביה אח"כ בפירש ל"מ מקידושין דף ס"ד ע"ב דהמקדש בתו סתם אין הבוגרת בכלל דפריך פשיטא בוגרת מאי עבידתיה והא י"ל דקמ"ל דל"מ שמא נתרצית או דקמ"ל אפילו נתרצית בפירש אח"כ א"ו דפשיטא דלא מהני ומחמת זה הניח בל"ע הך דינא דלעיל סימן ל"ו ס"ח עיי"ש ואינו ראיה כלל דהא דמהני כי נתרצה האב אחר שנתקדשה הקטנה שלא"מ או כשנתרצית הבוגרת בקידושי אביה משום דבכ"ד ניחא להו וקלא זכות יש להן לכן אמרינן כי נתרצו אח"כ הוכיח סע"ת דזכות הוא וזכין שלב"פ וכמ"ש הר"ן אבל התם דקידש בתו סתם והוי קידושין שאין נמסרות לביאה אפילו למ"ד דהוי קידושין לריכות גט א"כ אדרבה חוב לה ודאי לכן אפילו נתרצית בפירש אח"כ אינו מועיל כלל למפרע גם מה שהקשה הב"מ דאפילו לרמב"ם דרלוי בשעת מעשה ודאי מהני ליתא הכ"מ בנתרצה בשעת מעשה לק"ת ומ"מ אם רלוי דשעת מעשה מהני דהוי כעשאתו שליח הרי נכלל זה בודאי דמסכי דשויתיה שליח ואם משום דים לך זכות וכיון דנתרצה אזינן דזכות הוא וזכין לה מגילא אף דלא עשאתו שליח הא בקידושין שאין נמסרות לביאה ולריכות גט אין בו שום לך זכות רק רלתה להוב לעצמה ול"ל זכין לה מגילא.

ודעת הרא"ד הא דאמר שמואל קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה לריכה גט שמא נתרלה אביה כשנתקדשה במעמד האב ולא מיחה דה"ל כאלו אמר לה לאי וקבלי קידושך והסוא דפתי מגרא וקידש אבי הבן בת חברו לבנו כשהיה הבן עמהם ושתק הוא ואפ"ה א"א שמא נתרלה הבן והקשה עליו בח"ר דהא אמרינן שם בדף מ"ו נתקדשה שלל"ד אביה אמר רב בין הוא בין אביה יכולין לעכב ורב אסי אמר אביה ולא היא ומתיב מדתניא גבי מפותה ודאי מפותה לא בפני אביה אלא שמוע אח"כ ושתק או נתרלה והרא"ד בעלמו פירש הא דאמר שם אביי לריכה קידושין אחרים לדעת אביה הייכו שיודה אביה באותן קידושין עלמן שהיתה לשם אישות ועוד הוא עלמו פירש נערה שנתקדשה שלא לדעת אביה שלא היה אביה שם בשעת קידושין עיי"ש וכ"ל דרא"ד ס"ל לחלק בין קטנה לנערה דקטנה אין לה דעת להתקדש ולריך דעת אביה לכן אף דשמע אח"כ ונתרלה והוכיח סע"ת דניחא לו מ"מ ליכא דעתו משא"כ נערה דיש לה דעת רק רשות אביה מעכב ורא"ה לזה מפ"ב דב"מ דכ"ב דפריך על אביי דיאש שלא מדעת ל"ה יאוש מתרם שלא"מ בעה"ב ובא ואמר כלך אלל יפות הוי תרומה ומשני בדשויה שליח ה"כ ומסתברא דא"ל שויה שליח מי הוי תרומה הא אתם גם אתם מה אתם לדעתכם ופירש הריטב"א בבא"ק שם דאפ"ת דבעלמא יאש שלא"מ הוי יאוש ויוכיח סופו על תחלתו הכא היכי מהני דהא לריך שליחות בשעת הפרשה לדעת בעה"ב ובש"ך חו"מ סימן שכ"ה כתב דדוקא באבדה יאש שלא"מ ל"ה יאוש דל"ל אלו ידע הוי מייאש דאלו ידע היכן הוא ל"ה מייאש אבל בעלמא דאלו ידע לא הוי מקפיד השתא נמי דלא ידע כאלו ידע עיי"ש לכן ה"כ בשלמא בקטנה דאין לה דעת ולריך דעת האב אף דנתרלה אח"כ ואזינן דלא קפיד מ"מ בשעת קידושין ליכא דעת האב משא"כ בנערה דיש לה דעת רק רשותו דאב מעכב סגי אם לא קפיד דהוי כנסתלק רשותו ממנה לכן כשנתרלה אח"כ אמרינן הוכיח סע"ת דלא קפיד לכן דייק הרא"ד בהא דדף מ"ו נערה שנתקדשה שלל"ד אביה כיון דמייתי עלה הא דמפותה דמיירי שלא במעמד האב וגם לשיטת הרא"ד הובא ברא"ש פ"ג דכתובות דף מ"ס ע"ב אין דין מפותה רק בנערה ולא בקטנה וגם אב שקידש אשה לבנו לא סגי במה דלא קפיד הבן אלא לריך דעת הבן ממש שיעשה את אביו שליח לכן פירש הרא"ד דמיירי במעמד הבן דאם היה הדין לאוש דנתרלה הוי כעשאו שליח.

עוי"ל כיון דא"א להתקדש בלא רלון האב וכשנתרלה אחר ששמע ל"ל הוברר הדבר למפרע ואכן קי"ל א"ב ושמואל ס"ל בב"ב ק"ז ובבילה דף ל"ח דודאי א"ב ותוס' בבכורות דף נ"ח כתבו דשמואל מחלק

מחלק בין מהנה בפירש או לא וכאן הא לא התנו המקדש והמתקדשת לכן כתב הראב"ד דל"ל דשמואל איירי שנתקדשה במעמד האב וכיון ששתק אז יש לחוש שנתרצה ולהכי שתק ומש"כ בהא דדף מ"ו דבעל המימרא הוא רב דק"ל י"ב וגם רב אסי מספ"ל בבכורות, ובב"ב וגם רב יוסף מחלק בין תולה בד"א לתולה בד"ע כמ"ש תוס' בעירובין דף ל"ו ע"ב ואביי נמי מחלק כן בגיטין דף כ"ג לכן אליבייהו כתב הראב"ד דסגי כששמע אח"כ ונתרצה ועוד כיון דקי"ל דברירה ספק לכן בדאורייתא א"ב ובדרבנן י"ב וא"כ הא דחוששין שמא נתרצה האב ל"ל כששמע אח"כ דהוי ס"ס שמא לא נתרצה ואת"ל נתרצה שמא א"ב לכן דוקא שנתקדשה במעמד האב אבל הא דדף מ"ו דנתקדשה שלא"ד האב דפליגי אי היא יכולה לעכב כשנתרצה האב אחר שנתקדשה דליכא רק ס"א אי י"ב וכן הא דמפותה לשם קידושין איירי בנתרצה האב אח"כ לפנינו ורב יוסף דאמר היינו דהכינא מהר ימהרנה דלריכה קידושין ואם פיתה לשם קידושין למה לי קידושין עוד היינו דהורה לא מספ"ל אם י"ב וכיון דאמרה תורה דלריך עוד קידושין ע"כ ודאי א"ב והא קי"ל דהוי ספק דדינא אם יש ברירה וכ"ש דתקבי למ"ד י"ב והרי רב ק"ל י"ב ורב אסי מספ"ל. ואליבייהו אזלא הש"ס התם ואביי דמשני דלריכה קידושין לדעת אביה לא לריך להסות תיובתא רק אם יש ברירה א"כ סגי ביתה לדעת אביה אחר ששמע אפילו לא ידע בשעת הפיתוי.

ועוד י"ל טעמו של הראב"ד כיון דקטנה או נערה אינה ברשותה להתקדש א"כ מה אהני כשנתרצה האב אח"כ מ"מ בשעת קידושין הוי כמקנה דבר שאינו ברשותו דהוי כדשלב"ל ואינו קונה דהא האשה מקנית עלמה ואינה ברשותה לכן ל"ל דנתקדשה בפני האב ושתק דהיים שמואל שמא נתרצה וכאלו נתן לה רשות אך בדף מ"ו דק"ד דהברייתא דאם ימאן ימאן איירי בפיתה לשם אישות וקמ"ל קרא דבין היא ובין אביה יכולין לעכב והרי כשקידשה בביאה אינה ברשותה ומיוחד דבר שא"ב שניהם יכולין למחות ומה ל"ל מאן ימאן דהא סגי במאן כיון דאביה יכול לעכב וממילא אינה ברשותה אע"כ ק"ל דאדם מקנה דבר שלא"ב וכדאמר רב בב"מ דף מ"ו וביבמות דף נ"ג האומר שדה זו לכשאקחנה תהא קנויה לך מעכשיו קנה ומבואר בש בתוספתא דאהני מעכשיו דאף אם נקנה בק"ס דהדרה לורה או בשטר ונקרע השטר או בחזקה דכלתה חזקתו קונה מעכשיו וה"נ לענין ביאה אף דכלתה הביאה כששמע האב ונתרצה וקמ"ל כשם שאביה יכול לעכב כך היא נמי ובהכי אזלא הסוגיא התם ואף דלא פירש להדיא בהתקדש מעכשיו מ"מ כיון דבביאה אי אפשר רק להוא מעכשיו סתמא מעכשיו הוא כמו בק"ס המבואר בחו"מ סימן קל"ה ס"ה בהג"ה ורב יוסף ואביי כולהו אזלו בהא דק"ד דמיירי בפיתה לשם אישות דעכצ"ל דיכול לקדשה בביאה ומעכשיו ורב נמי הכי ק"ל ועיין מג"א הרועים דרב יוסף ואביי נמי ק"ל כרב כדמוכח בכתובות דף פ"א ע"ב ולהכי פירש הראב"ד דברי רב ואביי אף דלא היה אביה התם רק נתרצה אח"כ סגי אבל דברי שמואל דק"ל א"א מקנה דשלב"ל. הוכרח לפרש דנתקדשה במעמד אביה כיון דסתמא אמר ולא מחלק בין קדשה בכסף ושטר לקידשה בביאה או אם הכסף ושטר בעין כששמע אביה ובהכי א"ש נמי דברי הרמ"ה דק"ל בשמע האב ונתרצה מקודשת משעת מיאנה ולא למפרע והא לק"ד דפיתה לשם אישות עכצ"ל דמקודשת משעת ביאה דהא ליתה כששמע אביה א"ו כמ"ש.

עו"ב הראב"ד כשנתקדשה במעמד האב ולא מיחה י"ל כאלו אמר לה זילי וקבלי קידושיך ומש"כ שקידש אשה לבנו במעמד הבן אין חוששין שמא נתרצה הבן דמיגר אמר במאי דעביד אבא מה אכפת לי וכי לא אמרו לי מידי מה אלמות א"ד נראה כונתו דבשלמא האב יש לו לחוש שלא יעשו הרואים והשומעים מדשתק הקבים ויצא עליה קול מקודשת ולא יוכל להשיאה לאחר וכשברא זאת מגלאהי בתכ"ל קיימן קכ"ד אבל בן שקידש לו אביו אשה מה אכפת לו דמי יכופו לדור עמה גם יוכל להוציאה בגט ולישא אחרת.

עוד י"ל כונתו כמ"ש נה"מ סימן פ"א ס"ז דאם אחד עושה מעשה בשל חבירו ושותק כגון באחד אומר לחבירו הנני לוקח חפץ שלך זה בסך זה יהיה מושכו לקנותו ומשכו בפני חבירו ושתק הוי כהודאה וגילוי לכ"ע עיי"ש וה"נ כשאחד קידש קטנה בפני אביה הרי לוקח של אביה בפניו ומדשתק נתרצה משא"כ כשקידש אב אשה לבנו בפניו לא לקח של בנו עדיין כלל ומה אכפת לו ואף דבערך ש"י על חו"מ סימן פ"א הבאתי ראיה דלא כנה"מ היינו הוכחה זאת א"א להוציא ממון אבל הכא לא אמר שמואל רק חוששין שמא נתרצה ולכ"ג ומיאון.

והרא"ש בפרק קמא מקדש סימן וא"ו כתב אשה דאמר רבינא אפילו למאן דאמר חוששין שמא נתרצה האב שמא נתרצה הבן לא אמרינן דגבי בת אם נתרצה הוילי קידושין ממילא למפרע אבל בן אפילו נתרצה אח"כ אינו מועיל דלריך שיעשה את אביו שליח ונתקשו בו האחרונים דבפ"ק קכ"ה כתב דקטנה מקבלת קידושיה בשליחות אביה דלמגותה וזכותה נעשית שליח הרי דגם קידושיה דוקא בתורת שליחות ואם כיון דזכות לאב בקידושי בתו והכין שלא בשליחותו ה"כ זכות לבן לקדש לו אשה ונראה לפי מה שכתב הראב"ד הנ"ל דלגבי בת סגי בשתיקת האב משא"כ בבן לריך שיעשהו בפירש שליח וכמו שביארתי דבריו הנ"ל י"ל לרא"ש דק"ל דחוששין דנתרצה אחר ששמע מועיל למפרע ומשום דדלכן כשעת גליאתו ואלו ידע בשעת קידושין ג"כ היה מתרצה לכן דדוקא בבת דסגי בשתיקה כשידע חיישינן למפרע אם היה רוצה היה שותק ולא היה מוחה וממילא היה חלין הקידושין משא"כ בבן דלריך שיעשה את האב שליח ורבינא אמר בבכורות דאף דברצון התלוי במעשה לא אזלינן בתר רוצה ומ"כ כ"ש בתר חזקה וכ"ש חזקה דהשתא דגריע מחזקה דמעיקרא א"כ אפילו ידענו בבירור דנתרצה אח"כ כששמע אין נומר דודאי אלו ידע מעיקרא היה עושה את אביו שליח בפירש דעקימת שפתיו הוי מעשה וממילא השתא דליכא רק ספק אם שמע ונתרצה ליכא למיחש כלל למפרע.

ובפשוט יותר נ"ל דבן שקידש לו אביו אשה אף דזה זכות מ"מ נאסר בקרובותיה מיד ובתוס' ר"י בשטת כתב דלאפילו אילי הבן קני אביו דחפץ בפלונית ל"ל זכין שלא"ב דהוי נמי חוב משום איסור הקרובות אלא דש"ס לא ק"ל הכי וכיון דבג"ד מעיקרא דלא קפיד בזה וכ"כ עלמות יוסף אבל אם רק נתרצה אח"כ כששמע ל"ל הוכיח קע"ת דמעיקרא

דמציקרא כמי היה רק זכות כיון דיש בו לד חוב אולי אז היה קפיד ועיין הה"מ פ"ד מזכיה ה"ב א"כ נ"ל דחלו קידושי האב ממילא משום דזכין שלא בפניו ולריך שיעשהו שליח ומא"כ כששמע האב בקידושי בתו ונתרלה אמרינן אגלאי מלתא דזכות הוא לו וזכין שלא בפניו אף דלדעת הטור לעיל סימן ד' בדעת אביו הרא"ש דאסור באשת חתנו מ"מ כעת עתה אפילו לא נתקדשה לו בתו אסורה אשת המקדש עליו משום א"א רק אפשר תתפשר עליו אח"כ כאשת בנו אחר מיתת בנו מ"מ כיון דהחוב איכו עתה רק אפשר שיבא אח"כ לא חשוב חוב לגרע הזכות וזכין שלא בפניו כמבואר בנה"כ ס"ס קכ"ב.

עוי"ל לפימ"ש מהרי"ו ס"ד דק"ס שלא בפני לוקח נ"מ כיון דביד הקונה לחזור לא עדיף מאסמכתא ובודאי שדעת המקנה לא היה אלא אם ירלה הקונה א"כ לא גמר ומקנה עד שיתרלה הקונה וכבר הדרא קודרא למריה עיי"ש וא"כ ה"נ כיון שנעשו הקידושין שלא בפני הבן וי"ל איני רולה גם אבי הקטנה לא גמר ומקנה לו בתו עד שיתרלה הבן והרי כבר שתה האב הכוס יין שנתן לו אבי הבן לשם קידושין אך בקטנה שנתקדשה שלא"ד אביה נ"ל דהמקדש לא גמר ומקדש והוי אסמכתא דהא הרמב"ן בנדרים פ"ג כתב דבגיטין וקידושין ליכא משום אסמכתא וביארו הריטב"א וכ"י שם טעמו דל"ש אסמכתא אלא אם התנה ומחמת שרלה לקבל איזה דבר מחברו עיי"ש א"כ המקדש דלא קיבל כעת שום דבר לית בו משום אסמכתא והקטנה אף דקבלה כסף קידושין א"ל שתגמור ותקנה דרק שליחות אביה עשתה כמ"ש הרא"ש בפ"ק דקידושין א"כ לא אכפת לן א"ל גמרה ומקנה ומחמת שמא לא יתרלה אביה לכן כתב הרא"ש דהבן לריך שיעשה את אביו שליח דאל"כ אף דנאמר זכין שלב"ב אם יהא מגלה דעתו אח"כ דמרולה מ"מ אבי הקטנה איכו גומר ומקנה כיון דיכול הבן לומר איני רולה והא דבדף מ"ו דס"ד דפיתה לשם אישות בביאה כיאה דהמפתה לא גמר ומקדש דהוי אסמכתא ועשה מחמת דלהוט לבעול י"ל באונת ה"ע דאביי דמסיק התם דלריך קידושין אחרים לדעת אביה ועוד לפימ"ש מרדכי בב"ק דאסמכתא קונה מדאורייתא והא הש"ס אקרא דמאן יומאן קאי ולפ"ז י"ל כמי קושיית הרשב"א ע"ד הראב"ד הנ"ל דהא דהלריך בקטנה שנתקדשה שלא"ד אביה שתהא בפני האב ויפתוק משום דלדידן כבר תקנו דאסמכתא ל"ק וס"ל לענין אסמכתא ל"ש בין קידושין למכר וכיון דבשעת קידושין לא נודע דעת האב יש אלל המקדש משום אסמכתא דשמא ימחה האב ול"ע דא"כ הרכי בועלך ע"מ שירלה אבא יהא בו משום אסמכתא אלא די"ל כיון דמדאורייתא אסמכתא קונה אבל כאן דרק חוששין שמא נתרלה אביה ומדאורייתא אהני חזקת פנויה ולרמב"ן שם בלא"ה. לק"מ דכתב שם אם תלה בדעת אחרים לית בו משום אסמכתא כיון דאין בידו כלל אלא דהפוסקים חולקים על זה ולפימ"ש ר"ת והובא בחו"מ סימן ר"ז ס"ג בהג"ה דאם שניהם מכניסים עלמם בספק איידי דבעי לקנות גמר ומקנה ה"נ בע"מ שירלה אבא וכה"ג מסא"כ בקידש אשה לבנו שלא"מ דהאשה לבד נכנסת בספק אם ירלה הבן דבו תליא הקנין נ"ל איידי והוא כנידון מהרי"ו וקטנה שנתקדשה שלא"ד אביה נ"ל נמי איידי כיון דהאב לא נכנס בספק ע"כ נ"ל דבמקדש ליכא אסמכתא כרמב"ן ולראב"ד ניירי בפני האב ושתק.

ועוד נראה דכשבעל ע"ת לית בו משום אסמכתא דחזקה אאעבב"ז וגמר ובעל שיהא קידושין אף שעכשיו נמי תלוי בספק אם יתרלה האב מ"מ איכו אלא ספק איסור ומפרש לראב"ד בהשגות פ"ה מה"א דהוי רק איסור דרבנן משא"כ אם לא גמר וקידש דאז גם כשיתרלה האב לא יהא קידושין וכל ענין אסמכתא תליא בדעתו אם רולה גומר ומקנא ובטלה האסמכתא כדאמרן בפא"כ דף ס"ו בפירש מעכשיו עיי"ש בתוס' בד"ה ומכיומי ובסמ"ע סימן ר"ז ס"ט וקי"ט ובפ"ג דנדרים בר"ן דף כ"ז ע"ב טעמא דב"ד חשוב משום דאכן סהדי דלא מחייך בב"ד וגמר והקנה וכיון דפיתה ובעל לשם קידושין אכן סהדי דגמר בדעתו אם יתרלה האב תהא מקודשת מעכשיו והכא עדיף מהא דאמרינן בכ"ד חזקה אאעבב"ז וודאי בעל לשם קידושין דעדיין לא שמענו מפיו דנתכוין לקידושין רק מכח אומדנא הוא והכא בפירש פיתה ובעל לשם קידושין רק אנו דנין שבלבו לא גמר. רק נתכוין להסמיך אף דדברים שבלב הן מ"מ מחמת אומדנא מהני דברים שבלב וכיון שי"ל מחמת חזקה דא"א עושה בב"ז גמר בלבו לשם קידושין תו אפילו אפשר דלא חשש לזה מ"מ אומדנא ליכא לבטל דברי פיו והוי דברים שבלב דל"ה דברים ועחו"מ סימן קל"ה ס"ג בהג"ה פסק כמהרי"ו וביאור הגר"א וכה"נ החזיקו אחריו ולמהרי"ו ק"ט מדעת המפרשים כאן דנתקדשה שלא"ד אביה שלא בפניו וכמ"ש הרשב"א ור"ן ורא"ש וכמה ראשונים למה חיישי רו"ש שמא נתרלה הא כ"ז שלא נודע להמקדש שנתרלה האב ליכא קידושין דלא גמר לקדש עד שידע שנתרלה האב דכ"ז שא"י לא סמכ"ד ועכל"ל מטעמים שכתבתי או משום דקידושין לית בהו אסמכתא או משום דאסמכתא קונה מה"ת.

סי"ב קטנה שקידשה עלמה למי שגילה האב דעתו שהיה חפץ לקדשה חיישינן שמא נתרלה הקשה הב"ש למה בסימן ל"ה ס"ד אם הבן גילה דעתו כתב בשם ימ"ש וכאן כתב בשם ונראה דדין דסימן ל"ה מקורו מהרא"ש בפ"ב דקידושין דף מ"ה דיליף לה מעובדא דמיירי התם שנתאכלו הקידושין מיד והנה מהרי"ו סימן ד' כתב במוכר שהקנה אג"ס שלא בפני הקונה וז"ל דכבר שמעינן מיניה דקונה דניחא ליה לקנות בהכי מעות וא"כ המקנה גמר ומקנה מ"מ כיון דביד הקונה למיהדר לא עדיף מאסמכתא כיון דהקונה יכול לחזור ובודאי שדעת מקנה לא היה אלא אם ירלה הקונה א"כ לא גמר ומקנה עד שיתרלה הקונה וכשיתרלה כבר הדרא קודרא למריה עכ"ל וא"כ קשה לעיל איך מתקדשת האשה כיון כשישמע האיש יכול לחזור ול"ל דשאני קידושין ממכר וממכר או כדעת המרדכי בב"ק דמדאורייתא אסמכתא קניא או כמ"ש רמב"ן פ"ג דנדרים דבקידושין ליכא דין אסמכתא וביארו ריטב"א וכ"י הטעם דאם לא גמר לקדש מה הכריחו להסמיך את האשה וא"כ אלל האשה דמקבלת הכסף קידושין יש אסמכתא היכא דאיכה יודעת אם לא יחזור בו האיש אף דלרמב"ן גם בזה ליכא אסמכתא לפימ"ש שם דאם המקנה תלה בדעת קונה ליכא משום אסמכתא דכל שתלוי בדעת אחר ל"ה אסמכתא אבל לשאר פוסקים דלא ס"ל הכי כמבואר בחו"מ סימן כ"ז דכל דאי אסמכתא ודאי יש נחלק בין האשה להאיש המקדש ולכן לעיל סימן ל"ה דהאשה איכה

יודעת

יודעת אם לא יחזור בו האיש תליא במחלוקת משא"כ הכא דהמקדש אי אם לא יחזור בו האב דלא קיבל מידי מהאשה ליכא משום אסמכתא אף דאפשר ס"ל להרא"ש כיון דגילה דעתו שחפץ באשה זאת ושלח לשדכה וקידשה השדכן גם כי אמר האיש כשנודע לו דאינו רוצה מ"מ מקודשת ושאני נידון דמהרי"ו דאף דגילה דעתו דניחא לו לקנות באותן מעות מ"מ לא שלח לסרסרו וכ"כ העל"י אלא דא"כ מנ"ל להרא"ש ללמוד זה מהגמרא דהא הגמרא מיירי שנתרצה הבן בפירש כששמע כמ"ש רש"ל בדעת הרא"ש וגם איך תהא מקודשת בודאי אם לא נתרצה הבן מיד ששמע דדלמא אף דגילה דעתו ומקודם ושלח לשדכה שמא אח"כ נתחרט והרי קמן דאינו רוצה ועיין סמ"ע סימן קל"ה סקי"א דכששלח שליח ל"ה דנתחרט שא"ה דשלח לקנות משא"כ הכא דלא שלח רק לשדכה והרא"ש עצמו לא כתב אלא דמהני משום דזכין שלא בפניו והרי גם במתנה דקתני זכות הוא לו וזכין שלא בפניו מ"מ אם כששמע אומר לא בעינא לא קנה ומעשים בכל יום דלאחר קישור השידוך חוזרין ולענ"ד עכ"פ כיון דלפירש הרמ"ה ותוס' רי"ד אין דברי הרא"ש מוכרחין י"ל דאפילו הבן ג"ד לפני האב או אחר ואמר לו לשדכה לו והלך השדכן וקידשה וכששמע הבן צווח שאינו רוצה אינה מקודשת לכן אפילו נתרצה מיד ששמע מ"מ האשה לא סמכה דעתה דשמא לא יתרצה כששמע לכן כתבו המחבר רק בשם י"מ אבל כאן דגבי המקדש ליכא אסמכתא י"ל כ"ע מודי.

ובעיקר הדין היכא דגילה דעתו שחפץ באשה פלונית ושלח לשדכה וקידשה השדכן וכששמע האיש צווח דלא ניחא לו נראה דאינה מקודשת כיון דרק מטעם זכיה אתינן עלה והרי עתה צווח דאינו רוצה א"כ יש לדון על שעת הקידושין אלו ידע אז אם היה ניחא לו בקידושין ויש חזקת פנויה וחזקה דהשתא דלא ניחא לו כנגד חזקה דמעיקרא דהיה ניחא לו ומבואר בתוספת בקידושין דף ע"ט לענין קידושין דאם יש חזקה דהשתא וחזקת פנויה כנגד חזקה דמעיקרא לכ"ע אינה מקודשת וכן משמע כאן דכתב דחיישינן שמא נתרצה הא אם מיד ששמע האב צווח לא הוי קידושין אף דמעיקרא גילה דעתו דחפץ היה לקדשה לזה.

ועוד נראה דג"ד של האב שחפץ לקדש בתו לפלוני ונתקדשה שלא"ד אביה ל"מ רק אם המקדש ידע בשעה שקידש דהאב גילה דעתו דהא במהרי"ו שם דאם קנו מהמוכר בשביל הלוקח שלא לדעת הלוקח ל"מ אף דלכשיודע לו אומר ניחא לי כיון בשעת הקנין לא איתברר לו דמיא למשך עד שלא פסק לא קנה משום דלא סמכ"ד ה"נ לא סמכ"ד של המוכר דאמר מי יימר דניחא ליה לקונה לקנות אף דאח"כ שמעינן מהקונה דניחא מ"מ כבר הדבר קודרא למריה ואח"כ כתב מהרי"ו דאפילו שמעינן כבר מהקונה דניחא לו לקנות בהני מעות מ"מ כיון דביד הקונה למיהדר ביה ובודאי דעת המקנה לא היה אלא אם ירצה הקונה הוי אסמכתא עיי"ש וא"כ אף דכיון דלגבי המקדש ליכא משום אסמכתא מ"מ כל דלא ידע אם האב גילה דעתו דחפץ בו לא סמכ"ד המקדש והוי כמשך עד שלא פסק זולת אם כסף הקידושין בעין כששמעו שנתרצה האב אזי תתקדש מכאן ולהבא וכ"ש כשהבן גילה דעתו לפני אביו דחפץ בפלונית והלך האב וקידשה דצריכה שתדע שהבן גילה דעתו דיש בזו גם משום אסמכתא וגם זולת האסמכתא מ"מ לא סמכה האשה דעתה.

ברי"ו חלק חוה נכ"ב ח"ה כתב קטנה או נערה שנתקדשה שלא"ד אביה אעפ"י שנתרצה האב לא חשבינן ליה כאלו אומר לבתו צאי וקבלי קידושיך כיון דלא הוי ג"ד קודם הקידושין ת"ש יש לאחד בן ולאחד בת וא"ל בתך מקודשת לבני וקיבל אבי הבת הקידושין אין חוששין שמא נתרצה הבן ואפילו גילה הבן דעתו להאב קודם לכן שהיה חפץ בה עכ"ל ויש להבין דמ"ש גילה האב או הבן וסותר א"ע ולפימ"ש לעיל שאני ג"ד דהבן דיש אצל אבי המתקדשת משום אסמכתא משא"כ אצל המקדש או משום דהבן נאסר בקרובותיה הוי חוב וכמ"ש תוס' רי"ד משא"כ האב וכמ"ש לעיל עוי"ל לפימ"ש הסמ"ע בסימן קל"ה ס"ק י"א אם קנו מיניה דמוכר שלא בפני הקונה לא קנה אא"כ ידעינן שהיה ניחא לו בשעת קנין כי אף שידעינן דהיה ניחא לו מקודם לכן וגם עתה כששמע הקנין שמא חזר בו בנתיים ולבסוף חזר ונתרצה אך אם שלח עדים לא חיישינן שחזר כיון דהלכו בשליחותו עיי"ש ולפ"ז קשה למה אם גילה מעיקרא האב דניחא לו בפלוני לתת לו בתו מקודשת ואף שנתרצה האב גם אח"כ כששמע ול"ל דשאני איסורא מממונא כדאיתא בפ"ק דב"מ דף כ"ף ע"ב דמשום חומרא דערוות חיישינן טפי אבל לולא זאת אף דיש חזקה דמעיקרא וחזקה דהשתא דניחא לו וכנגדן ליכא רק חזקת פנויה ועדיף תרתי מחדא כדאיתא בקידושין דף ע"ט וברים כלה מ"מ כמו דבממון אין מוציאין מכח זה כן לענין קידושין דילפינן דבר דבר מממון דצריך דבר ברור וכמו דלא מוציאין ממון ע"י רוב ה"נ אין מוציאין מחזקת פנויה אף דתרתי עדיף וכיון דגם בגילה דעתו מעיקרא וגם נתרצה לבסוף אינו מדינא רק מחמת חומרא תינח כששמענו לבסוף דנתרצה דעלה קאי רי"ו תחלה אבל לחוש שמא נתרצה כדמיירי לבסוף ליכא להחמיר כולא האי.

אך הב"י בתשובה וא"ו הקשה על הרי"ו דהרי בגמרא פריך ודלמא ארצי קמיה ומשני דלא ס"ל להא דר"ש דמשמע דוקא משום דמסתמא ל"ה נהכי אבל אי ידעינן דארצי קמיה הוה מקודשת ועוד שהוא בעצמו פסק כדברי הרא"ש שאם גילה דעתו לשדכן שהוא חפץ באשה פלונית והלך וקדשה לו מקודשת עכ"ל והיינו ומ"ש הרי"ו בנכ"ב ח"ג אם גלה אדם לשדכן פירש סרסור ההולך ומתפשר בענין הנשואין וגילה לו שהוא חפץ באשה פלונית ואמר לשדכה לו והלך השדכן וקדשה לו בלא מינוי שליחות הוי מקודשת כך דקדקו התוס' והמפרשים על ההוא ודלמא ארצויי ארצי קמיה וכ"כ הרא"ש עכ"ל אמנם מהתם אין סתירה כיון דאמר לשדכה לו אף דלא עשאו שליח לקדש מ"מ שלחו לשדכה לו ואין לחוש דחזר כיון דהלך בשליחות לשדך וכדמחלק הסמ"ע הנ"ל וכ"כ להדיא בעל"י בקידושין שם ז"ל אי ודאי ידענו באמת דארצויי ארציה הבן קמיה אביו ודאי דנעשה שליח לו אלא שהצריך הרא"ש תנאי אחר שאמר לו לשדכה ועם שהרא"ש לא אמר כן גבי בן לפני אביו מ"מ כבר סיים ז"ל בדבריו באומר ולא מסתבר לחלק בין אביו לאינש דעלמא וגם הטור כתב ואמר לו לשדכה אתרוייהו וכן נראה לענין הלכה עכ"ל ולכאורה קשה דהא הש"ס פריך ודלמא שליח שוייה ומשני לא

לא חליף איהם לשוייה לאביו שליח ופריך דלמא אדרבה אדלי קמיה ואם גם באדלי קמיה לריך דוקא דאמר לו לשדכה הרי כבר אמר דלא חליף ונראה דדוקא לעשותו שליח לקדש לא חלוף דזה לא מוטל על האב ומלוה בו יותר מבשלוחו ואין דרך העולם בכך משא״כ לשדך דרך העולם שהאב עושה זאת להתפשר בכמה אתה נותן לבתך וכדומה ומחויב האב בזה להשיאו אשה כדילפינן בפ״ק דקידושין דף למ״ד ע״ב מקרא וקחו לבניכם נשים וודאי אין כונת הכתוב שהאב יקדש בעלמו אשה לבנו דהא מלוה בו יותר מבשלוחו אלא כונת הכתוב להשתדל אשה לבנו ואזי יקדשה הבן בעלמו לכן י״ל גם רי״ו הכי ס״ל דגלה דעתו דבן לפני אביו לא סגי עד דאמר לו לשדכה.

איברא דאגלי כונת הרא״ש בתי״ש דלא מסתבר לחלק בין אביו לאיהם דעלמא כיון שזכיה מטעם שליחות הייכו לענין זה דא״ל שיעשהו שליח לקדש כיון דזכיה מטעם שליחות אבל לענין אם דוקא כשאמר לו לשדכה שפיר יש לחלק דבאביו אף דלא אמר לו לשדכה מ״מ כיון דגילה דעתו לפני אביו דחפץ באשה זאת סגי דהא דלא אמר לשדכה משום דלא חלוף למשוייה לאביו שליח אבל אחר אם רולה שהוא ישדכה הוי לו לומר לו בפירש אך כשאמר לאחר לשדכה הרי אזיכן דזכות הוא לו אזי זכיה מטעם שליחות דלענין זה אין סברא לחלק וכן משמע ברא״ש שם סוף סימן ואו דגבי האב לא הזכיר דא״ל לשדכה לו ובשו״ת א״ז סימן תשס״ז מחלק מה״ט בין אב לאחר לענין זכיה.

סי״ד קטנה שהלך אביה למדה״י כ״ל לפימ״ש הריטב״א בגיטין דף כ״ח בד״ה ומתניתין אהא דחיישינן שמא שכיבא קשתא וברתא ולא מוקמינן להו אחזקת חי כיון דהדבר תלוי בב״ד לעשותו אית להו לב״ד למיחש לכל מה דאפשר שלא יצא דבר שאינו מתוקן מתחת ידם וכה״ג כתב הריטב״א אהא דלא תקנו זמן בשטר קידושין דהיכא דבעי למיעבד תקנה אם יש לחוש שלא יצא ע״י התקנה שום ריעותא בעולם עיי״ש בפ״ב דכתובות דף כ״ף לכן ה״כ מסתברין דברי האומרים דלא תקנו נשואין לקטנה שהלך אביה למדה״י מחשש שיקדשה אביה שם אף דבכל פעם שיבעל יש לה חזקת פנויה.

אך עוד כתב הר״מ ניזוכי דאסור לקיימה שמא קדשה אביה במדה״י והקשו נוקמוה בחזקת פנויה וכדאיתא בפ״ק דגיטין ד״ב דעבד כהן שברה מותר בתרומה ובדף כ״ח דהניחו זקן ל״ח שמא מת וכ״ל לפי מה שהסביר בנוב״ק חיו״ד ס״ו דברי רמב״ן דחזקת פנויה דידה ל״מ לקרובתה דה״ט דחזקת פנויה לאו חזקה אלימתא היא דעומדת להתקדש ובידה להתקדש ודומה למ״ש תוס׳ ברים גיטין דכדה לא מקרי אתחזיק איסורא דאיכה בחזקת שתהא רואה כל שעה ובידה לטבול וה״כ כיון דפנויה בידה להתקדש חיישינן כ״ז שאינה לפנינו שמא אם היתה לפנינו כאן היתה אומרת שקיבלה קידושין ולכך לענין עלמה כשהיא לפנינו ורולה להנשא מוקמינן אחזקת פנויה אבל כשאינה לפנינו לא מהני חזקתה לענין קרובתה דשמא אלו היתה לפנינו היתה אומרת שקיבלה קידושין ודרך הפנויות ובידן לקבל קידושין אמ״ד ולפ״ז ה״כ לא סמכינן אחזקת פנויה כיון דעומדת להתקדש וביד אביה לקדשה ולא ס״ל וי״ש רמב״ן שאין דרכו של אב לקדשה בלא ידיעתה

ומ״מ ל״ק מהניחו זקן דשמא מת ל״ח דאין בידו להמית א״ע ומעבד כהן שברח נמי ל״ק נהי דביד האדון למוכרו מ״מ אינו עומד לכך כפנויה אך עדיין קשה קושיית ר״ת דא״כ קטנה שהלך אביה למדה״י ומת לא תנשא לעולם שמא קידשה אביה וכ״ל כיון דתשאר עגונה לעולם סמכינן אחזקת אשה דייקא ומנסבא כמו שהתירו בעדות אשה שמת בעלה ואף דהתם לריך עכ״פ ע״א או מסל״ת בא״ה דהיא בחזקת א״א אבל הכא דאיכה בחזקת א״א אדרבה בחזקת פנויה היא אלא דאיכה חזקה אלימתא וכ״ז כשבאה להנשא כשהיא גדולה אבל בקטנה ל״ל דדייקא דאיכה בת דעת וגם אם יתברר שקידשה אביה הרי פיתוי קטנה אונס היא וליכא עליה חומר שהחמירו בנשאת ובא בעלה ואפילו לפימ״ם הבית מאיר לעיל ס״ס ע״ו דגם בקטנה י״ל דקרובים דייקי מ״מ דוקא לענין אם מת בעלה דאחר דדייקי דמת בעלה תו אין חשש משא״כ הכא דלאחר דדייקי דלא קידשה אביה עדיין שמא יקדשה אח״כ ואביה במדה״י וא״א לדייק בכל שעה דאם קדשה במקום רחוק לריך זמן שיתוודע כאן והיא תבעל כל שעתא ושעתא ואף דהר״ר מנחם אמר מטעם אחר מ״מ השאלתות שהביא הרא״ש וה״ר דמשמע מדבריו דרק כששכ״ב אביה תקנו נשואין לקטנה י״ל מטעם שכתבתי.

סמ״ך המקדם בטור הביא משאלתות וז״ל ראובן היה לו ד׳ בנות ונתן לו שמעון קידושין סתם על אחת מבנותיו ולא פירש למי היה נוטל בתו הגדולה איכה ברשותו ואיכה מקודשת ואותן שהן קטנות שהן ברשותו לקדשן נאמן לומר לזו נתכונתי ועליה קבלתי הקידושין ואם א״י שפכה כולן לריכות גט ותמה ב״י דאין להאמין לאב דא״כ ג״כ היה לנו להאמין למקדש כשיאמר לזו נתכונתי וזה לא שמענו עכ״ל ובעכ״ד לא הבנתי תמיהתו דהכה בזה שתי עניני נאמנות אם להאמין איזה לא קידש ואם להאמין איזה קידש והכה על איזה לא קידש למה לא נאמינו דאף דדבר שבערוה אין פחות משנים אפ״ת כדעת מ״ד בפיסקים דאפילו ליכא חזקה כנגד העד מ״מ בחזקה מסייעו ודאי נאמן דגם בדבר שבממון נאמן אחד להחזיק ולפטור וא״כ כשאומר זו לא קידשתי מסייעו חזקת פנויה הגם דממ״כ אחת נתקדשה מ״מ הא כתב בשו״ת מהרי״ל סימן קכ״א דבתר חזקה אזלינן אפילו אינו יכול להיות אמת כגון ב׳ נזירין וב׳ שבילין אפילו בבת אחת רק מדרבנן אסרינן משום חוכא ואטלולא עיי״ש וא״כ על כל אחת שאומר זו לא נתקדשה מסייעו חזקת פנויה אך על זו שאומר שקידשה בא להוליאה מחזקת פנויה ואינו נאמן ומילא כולן בספק וכ״ז לענין נאמנות המקדש אבל האב דהימניה רחמנא על בתו קטנה לומר שנתקדשה שנאמר את בתי נתתי לאיש וכדאיתא בפרק האומר דף ס״ג ע״ב אלא לענין שלא נתקדשה לא גלתה תורה אך ממילא נאמן דמסייעו חזקת פנויה.

ועיין בתוס׳ פ״ק דפסחים בד״ה בב״א ד״ה טמאים דהייכו רק מדרבנן ובזה ניחא לי מה דהקילו כ״כ חכז״ל דאין הסוגרת בכלל אף דבוויתיה שליח משום דלי״ש איהם מלוה דמיא עליה דהא יש סברות קלת נמי לחיפך דלא יעשה כן לתת הלעירה לפני הבכירה ואחז״ל בתך בגרה שחרר עבדו ותן לה אלא משום דבלא״ה כל חדא וחדא יש לה חזקת פנויה רק משום דלא ליהוי כחוכא אסרו רבנן היכא דיש סתירה וכיון דיש איזה סברא להקל בכל אחד תו

אינו

אינו כחוכא דמי שקל בפלס לומר דהשבועות דומות ממש וחכז"ל אמדוהו דסברא דנ"ש אינם עדיפא והם אמרו להחמיר כשיש סתירה והם אמרו להקל בכה"ג.

ומה דלא חייש השאלתות שמא המקדש נתכוין על אחרת ולא על זו שנתכוין האב ומ"ש הד"מ שבפירש תלה המקדש בדעת האב העיקר חסר מהספר גם מ"ש ב"ח ופרישה דשמא הכי הוא קשה נמי למה לא נימא להיפך דהאב תלה בדעת המקדש דאדרבה אב בכל דהו ניחא לו נ"ל משום דאפילו נתכוין המקדש לאחרות מ"מ אינן מקודשת כיון דהאב נאמן שנתכוין לזו לכן אין להצריך גט רק לזאת שאומר האב דנתכוין לה דשמא גם המקדש נתכוין כן או שמא תלה בדעת האב והאב יש לו הנאמנות על איזה נתכוין ובתוי"ט פ"ג דקידושין מ"ע כתב אהא דקידשתי בתי וא"י איזהו דהמקדש א"כ דזו קידש דדלמא לא זאת קידש ונמצא שאותה שנתקדשה באמת מוציא מן הספק שיש לנו בה ואין דשב"ע פחות משנים מלבד האב שהאמינתו התורה שנאמר את בתי נתתי לאיש הזה עכ"ל וגם לדבריו מיושב קושית הב"י על השאילתות אך ק"ל דהא דילפינן דבר דבר דעפ"י שנים יקום דבר היינו דאחד אינו נאמן לאסרה להוציאה מהתירה ומנ"ל היכא דיש לה חזקת היתר דלא יהא נאמן לאוקמה בחזקתה דנהי דאחת מהן נתקדשה מ"מ כל חדא בפ"ע יש לה חזקת פנויה וכמ"ש ובשו"ת מיימוני להלכות אישות סימן ג' מבואר דל"ל איתחזיק איסורא נאמן ע"א גם בדבר שבערוה וכ"כ מהרי"ק בשע"ב.

אח"כ מצאתי בש"ש ש"ו פ"ג הביא גם כן הא דתשובת מיימוני ומהרי"ק ומבואר שם בלשון מהר"י קולין כיון דגמרינן דבר דבר איכא למימר דון מינה ומינה דמה התם להוציא ממון מחזקתו אף כאן להוציא אשה מחזקת איסור או מחז"ה וכתב הש"ש דבממון אפילו להחזיק אין ע"א נאמן כמ"ש הרא"ש פ"ק דב"מ דמשולש"מ אין ע"א נאמן לפוטרו אה"ד ולפימ"ש בקצו"ה סימן פ"ז ס"ו סק"ט דטעמו של הרא"ש משום דהוי א"י א"פ א"כ אין ראיה דשאני א"י א"פ דאיכא חזקת חיוב אך יש להר"ר משו"ת רשב"א ח"ג סכ"ג דשואל כלי ונאבד ומשאיל אומר שלא היה שוה ושואל אומר א"י וע"א מעיד שאינו שוה אלא שקל אינו פוטרו לשואל כיון דאין ע"א קם לממון עיי"ש והתם הוי א"י אם נתחייבתי ויש לו חזקת פטור ומ"מ עדיין י"ל דבר שבערוה דילפינן דבר דבר מממון דהיינו דכתיב או מצא בה ערות דבר ובממון כתיב עפ"י שנים עדים יקום דבר נהי דלגבי ממון דבשום אופן אין ע"א נאמן דלא חלקה תורה אבל דבר שבערוה דמיירי באשה שיש לה חזקת היתר י"ל לא אמרה תורה לילף מממון רק אם העד בא לאסרה ולהוציאה מחזקתה ובר"ן פרק האומר אהא דע"מ שיש לי מאתיים זוז כתב הר"ן דאפילו אמר דאין לו אינו נאמן משום דרגל"ד שיש לו כיון דקידש מתחלה אדעתא דיש לו והובא בב"י לקמן סימן ל"ח הרי דלולא רגל"ד נאמן שאין לו.

סכ"ב בא אחד וכו' בירושלמי פרק האומר הלכה זיי"ן נאמן לכנוס ואין למדין ממנו ד"א אחת משדותי מכרתי וא"י למי מכרתיה בא אחד ואמר אני לקחתיה לא הכל ממנו אף בקידושין כן אחת מבנותי קידשתי וא"י למי בא אחד ואמר אני קדשתיה לא הכל ממנו עכ"ל ותמוה דתחלה אמר אין למדין ממנו לד"א והדר אמר דגם בקידושין אינו נאמן ושיבש הק"ע הגרסא וגם נתקשה מ"ש שדה מאשה ונראה לפימ"ש בסמוך סק"ו דע"א בממון לא קם אפילו לפטור מי שיש לו חזקה וכ"פ ק"ל בדשב"ע כשלא איתחזיק איסורא נאמן ע"א וכדמשמע פשטות לשון הגמרא ריש גיטין ובר"פ הא"ר דאיתחזיק איסורא דא"א הוי דשב"ע וה"ט דלא יקום ע"א באיש משמע בכל אופן ואפילו חזקה מסייעו אבל בדשב"ע דילפינן מדכתיב כי מצא בה ערות דבר וילפינן דבר דבר מממון היינו למאי דקאי על הבא להעיד על א"א שזנתה דמעיד נגד חזקה לכן ס"ל להירושלמי הא דבא"י למי קדשתיה דנאמן לכנוס ע"כ נ"ל משום סברא דלא חציף דשמא יכחישו האב דהא בשאר עד יש חזקה דא"א ולא לו ומ"מ אינו נאמן בדשב"ע וכאן דרוצה לכנוס ליכא האי חזקה ולמה יועיל סברא דלא חציף יותר מחזקה דא"א ולא לו ועכצ"ל משום דאינו מעיד נגד החזקת פנויה כיון דבלא"ה עכ"פ מקודשת וכמ"ש הר"ן וא"כ בממון אינו נאמן דלא עדיף מע"א לכן בשדה אינו נאמן ומסיק הירושלמי דבכגון זה שאמר אחת מבנותיי ואינו אומר איזה הבת אם כן יש לכל אחת חזקת פנויה אף דאחת ודאי נתקדשה וכמו בשני שבילין דמן התורה אפילו בא לשאול בב"א מוקמינן לכל חד אחזקתו א"כ זה שבא אני קדשתיה דהיינו שאומר גם כן איזה קידש דאל"כ היה אומר אני קידשתי וכיון שמעיד נגד חזקת פנויה גם בקידושין לא מהימן ועכצ"ל מה שאין למדין לד"א היינו כשאומר שדה זו מכרתי וא"י למי אף דליכא חמ"ק כיון דשדה זו ודאי נמכר מ"מ כשבא אחד ואמר אני לקחתי אינו נאמן.

אמנם בהג"ה חו"מ ס"ס רכ"ב אמר דמהימן וש"ך כתב דהוא נגד הירושלמי והובא בח"מ והה"מ ונ"ל דאין שום סתירה אדרבה יש ראיה מהתם דקשה למה לא נקט הירושלמי באמר מכרתי שדה וא"י למי דהוי כנידון דקידושין שאמר קדשתי את בתי ועוד כיון דמסיק אף בקידושין כן הל"ל אלא הא דאין למדין לד"א הוא במכרתי שדה וא"י למי לכן נ"ל הפירוש דאין למדין לד"א היינו דדוקא באומר קידשתי את בתי אבל באומר אחת מבנותיי או אחת משדותיי אין הכל ממנו היינו נהי מחמת דלא חציף דירא שיכחישו המוכר או האב נאמן לומר אני קידשתי ואני לקחתי אבל לומר איזהו מהשדות לקח או איזה מהבנות אינו נאמן לכן דייק לא הכל ממנו דאינו נאמן רק על מקצת דלא סמכינן אסברא דלא חציף נגד חזקת פנויה ונגד חמ"ק דלכל חדא בפ"ע יש חזקה דמעיקרא ובח"מ והה"מ נ"כ רק באחת משדותיי ול"ד לאבדה דא"כ בלא סימנים דהתם אינו ירא שיכחישו המוצא כמו כאן ובהגמ"יי פ"ט מאישות הביא מן הריב"א דנאמן לומר אני לקחתי כיון דמוכר מודה שאינו שלו עיי"ש ולפימ"ש הש"ג בפרק הגוזל בתרא הובא בש"ך חו"מ סימן רל"ב סק"ב דכשהלוהו ואינו תובעו מסתמא במתנה נותן לו עיי"ש א"כ יכול המוכר לדחות לזה דשמא אחר לקחו ממני וכיון דאינו תובע במתנה נתן לו המעות מעיקרא והא דלא אמר לו במתנה דכסיפא ליה כדאיתא בפ"ק דב"מ דף ט"ו ע"ב או אחרי נמכר הניחו אצל המוכר במתנה גופו או פירותיו לכן שפיר י"ל הממע"ה.

סכ"ה קידשתיה וגירשתיה נאמן בפרק האומר דף ס"ד תנן נשבית א"כ והקשה הר"ן ליהמן במגו דקידשתיה וגירשתיה ונראה לפימ"ש הריטב"א ר"פ אם אין מכירין דאף דע"א נאמן באיסורין דוקא במעיד על גוף האיסור ולא במעיד על האדם להכשירו וא"כ

וא"כ כ"ש במעיד על האדם לפוסלו דמעיד נגד חזקת כשרות וא"כ דינו כדבר שבערוה דצריך שני עדים ומבואר בבית יעקב פ"ב דכתובות דף כ"ג דבדבר שבערוה דצריך שני עדים אם מעיד ע"א נגד חזקה גם במגו לא מהימן כמו דאין מוליאין ממון מחזקתו במגו לכן ה"כ דמעיד דנישבית לפסול גופה לא מהני מגו והא דפריך בגמרא והא בידו להשיאה לא"ל שאני בידו דעדיף כיון דבידו לשנות החזקה כמ"ש המוו"ד בר"ס קכ"ז ובר"ן שם בסמוך כתב דומה לו לשקר דבידו לעשות כעדים דמי והא דל"פ דבידו לקדשה ולגרשה לס"ד דש"ס דזה חשוב בידו כבר תירץ רש"י שם דאם בת כהן היא רולה לפוסלה מתרומה ור"ל דהיה דוחק דמשנה מיירי בבת כהן וקושיית הר"ן דליהמן במגו די"ל קידשתיה וגרשתיה למסקנת הש"ס דזה אינו בידו וגם בבת ישראל לא מהימן לומר נשבית ומהרי"ט בחידושיו תירץ כיון דקידושין וגירושין א"א בלא עכל"ל דהלכו למדה"י ויאמרו הרולה לשקר ירסיק עדותו וכ"כ הפנ"י ונראה דהר"ן מילן בזה דא"כ בא מדה"י עם בתו ואומר דנשבית פס ליהמן במגו דקידשתיה וגרשתיה שם ועוד נהי דטענה גרועה היא ה"כ נשבית לא שכיח כדאיתא בכתובות דף מ"ז ע"ב וכה"ג כתב סמ"ע סימן ק"ה סקי"ז.

סימן ל"ח

ס"א אם נתקיים התנאי הנה בערכין דף ל"א ע"ב בראשונה היה נטמן הלוקח ביום אחרון של יב"ח והתקין הלל שיהא חולש מעותיו והקשה אגודה הא מוכר אנוס ותירץ דלא היה לו להמתין עד יום אחרון והובא בהג"ה יו"ד סימן רל"ו והקשה ישועי"ק כאן דברים כתובות בעי להוכיח דאין אונס בגיטין מהאי דאמר א"ל אתיכא עד תלתין יומין ליהוי גט אתא בסוף ל' ופסקיה מברא ואמר שמואל לא שמיה מתיא ומה ראיה דנימא משום דלא ה"ל להמתין עד לבסוף וכן הקשה בכנה"ג סימן כ"ה וכ"ל דטעמו של אגודה דה"ל לאסוקי אדעתיה מעיקרא שמא לא יוכל לקיים בסוף וה"ל תחלתו בפשיעה וסופו באונס דקי"ל בפרק המפקיד דף מ"ב דחייב דל"ח אונס והנה איתא בכמ"י פרק כילד הרגל בשם הרמ"ה דא"א לחייב משום תחלתו בפשיעה וסופו באונס רק בדבר המוטל עליו לשומרו קלת כדמוכח בפרק שור שנגח את הפרה גבי פקח ביום עיי"ש ולפ"ז יש לחלק בין תנאי שבין אדם להברו ותלוי בדעת שניהם כמו מוכר בית בבעי"ח דקיבל המוכר דמי הבית ומכרו סתם ואם ירלה לבטל המוכר מוטל עליו להחזיר המעות למוכר וכן כשנשבע על איזה דבר לעשות עד יום פלוני מוטל עליו ליזהר לקיים השבועה וכשלא היה אנוס ומתחלה הוי תבו"ב וחייב משא"כ בגט דאינו תלוי בדעת האשה כלל ברלותו מגרש ברלותו אינו מגרש ואינו חייב ליזהר מלעבור על התנאי לכן פטור אף דבאונס רק לבסוף ואין להקשות דאם כן תקשי למ"ד בהמפקיד שם דתחלתו בפשיעה וסופו באונס פטור למה הולרך הלל לתקן די"ל דבפרק המפקיד שם דאינו ודאי דאונס בא מחמת הפשיעה כמ"ש תוספת שם בזה כ"ל לחד מ"ד דפטור אבל בהא דהלל ודאי אם לא היה ממתין עד יום אחרון היה יכול ליתן המעות ללוקח דהא לא נטמן רק ביום אחרון ועוד דכיון דסופו באונס רק תחלתו בפשיעה הוי ספק אם נחשיבהו לאונס או לפושע לכן ס"ל לחד מ"ד דפטור דאין לחייבו מספק משא"כ בבעי"ח דמקח כבר נעשה רק ספק אם מחויב להחזיר מכח דבאונס המוכר לא עבר על התנאי דהוי ספק בתנאי דחשוב לוקח מוחזק כמ"ש רשב"א בתשובה הובא בב"י חו"מ סימן.

ס"ב כל תנאי בפרק המדיר דף ע"ד איתא דכל תנאי שא"א לקיימיה ע"י שליח לא"ה תנאי וזולת בקידושין אף דביאה א"א ע"י שליח משום דאיתקש הויות להדדי והקשה הב"מ מכ"ל דלא נקים אפכא כמו בביאה ל"מ תנאי ה"כ בכסף ושטר עיי"ש וכ"ל כיון דכתיב אחרי רבים להטות והמיעוט נגרר אחר הרוב ה"כ ומלאתי הקושיא והתירוץ בריטב"א ואק"ז בשם רש"י במה"ק והרא"ה.

ופרש"י דתנאה דא"א לקיומיה עיי"ש דא"א לקיים המעשה עיי"ש ולשון הש"ס משמע דהתנאי א"א לקיים עיי"ש ותוספת הקשו מה סברא יש בזה וכ"ל לפימ"ש הר"ן בפמ"ש אהא דכתבו ותנו גט לאשתי א"ל באתי עד יב"ח דהוי תנאי והא הוא מעשה קודם לתנאי ותירץ דמתני בהדי שליח שאני דכל תנאי מהני ביה לפי שאינו נעשה שלוחו אלא במה שנראה ומתוך גלוי דבריו עכ"ל ולפ"ז אפ"ת דשום תנאי אין מבטל המעשה מ"מ אם התנה בהדי שליח מבטל המעשה לכן אפילו עושה המעשה בעלמו הכי תנאו לבטל המעשה כיון דבידו להתנות ולעשות המעשה עיי"ש ועיין תוספת בפרק אעפ"י דכ"ו דא"ל דילפינן ומתנאי דב"ג וב"ר ה"א דשום תנאי אינו מבטל המעשה עיי"ש ולכן הפשתא כמי דילפינן אמרינן דתנאי אינו מבטל המעשה רק כשבידו לבטל המעשה כשיהנה בהדי שליח והיינו דאמר תנאי דאפשר לקיומיה עיי"ש היינו דאפשר לקיים התנאי שיהא לו קיום ותוקף כשיתנה בהדי שליח וכן כ"ל כונת פרש"י ביבמות ריש דף ק"ו עיי"ש ול"ע להר"ן הא תנאי שהתנה מרע"ה היה בהדי שליח שהתנה עם יהושע אם יעברו ונתתם ומ"מ התנה בת"כ והנאו קודם למעשה והן קודם ללאו ועוד דא"כ דיש סברא דיותר מתקיים התנאי כשמתני בהדי שליח מכ"ל כשעושה המעשה בעלמו דמהני תנאי דהא בתנאי ב"ג וב"ר התנה בהדי שליח וכ"ל דקשה על פרש"י בכתובות וביבמות דיהושע היה שלוחו של משה ליתן ארץ הגלעד לבני ראובן ולבני גד דהא אם יעברו ונתתם היינו כשיקיימו התנאי ואף בהחזיקו טרם שעברו מ"מ לא היה שלהם עד שיקיימו התנאי דאם כלאחר הוא והרי כבר מת משה ובטל שליחותיה כדפרש"י בב"ק דף ק"ד ע"ב דבשמת המשלח בטל השליחות אאת"ל שארץ הגלעד היה של משה שהוא כבשה ול"ל משום מלוה לקיים דברי המת חשוב יהושע שלוחו ורש"י ס"ל מלקד"ה אף שלא הבלים ביד בלים כשלוח כדמוכח מפרש"י בפ"ק דגיטין די"ג בד"ה בבריא דלא כר"ת בתוספת בס בד"ה והא אך לפי דעת ר"ת והוא בחו"מ סימן ר"ן סכ"ג וכן פסק שם סימן רנ"ב ס"ב ל"ל כן דהא לא הופלם הארץ ביד יהושע וא"כ לאו מכח שליחות נתן יהושע הארץ גלעד דאין לריך לכח שליחות אלא כמו שחילק כל א"י כן נתן ארץ הגלעד לב"ר ולב"ג דהוא היה אז המושל עם הנשיאים ומשה רבינו ע"ה לא לעלמו כבש מסיחון ועוג אלא בשביל ישראל ואם כן אינו ענין לסברת הר"ן דהר"ן כתב כן לענין גט דאין כח לאחר לכתוב גט וליתן להאשה רק בכח הבעל המשלחו משא"כ יהושע והנשיאים בכאם חלקו הארץ ומה שאמר הגמרא דלריך להיות אפשר לקיומיה לתנאה על ידי שליח דומיא דתנאי ב"ר וב"ג היינו דהתם נמי היה אפשר ככל כתינת ממון דאפשר ליתן על ידי אחר ולפ"ז לרש"י ע"כ לית לו סברת הר"ן והב"ם ססק"ב הב"א

הביא שתי דעות הר"ן ולא הרגיש דרש"י חולק

במו"ז כתב דנותן מתנה לחבירו א"י לחזור תכ"ד וראיה מהא דאמרינן פ"ק דב"מ דף יו"ד המגב"מ ואמר אני זכיתי בה תחלה לא"כ ופריך הש"ס תחלה למ"ל פרש"י דאפילו לא אמר תחלה בפירש משמע תחלה קאמר דמי מלי למימר אני זוכה בה עכשיו והלא אינו בידו עכ"ל וא"ש דתכ"ד מהני אפילו אחר הנתינה לא היה כאן מקשה כלום דודאי הייגו אומרים דרוצה לזכות אחר הנתינה תכ"ד ולכך מוכרח לומר התנא זכיתי בה תחלה. את"ד והב"ש השיגו דבשלמא הנותן מה שכבר שלו כיון דתכ"ד כדיבור הדיבור אחרון מבטל הראשון וממילא נשאר שלו משא"כ בהגביה לחבירו אם אחר המגביה רוצה לחזור אף תכ"ד לומר עכשיו אני רוצה לזכות איך יזכה במה שאינו בידו וזה ברור עכ"ל וכ"כ המקנה בקו"א בסימן זה וגם אנכי בעניי זה כמה שנים השגתי כן ועיין בחידושי לב"מ שם וכעת נראה דהטו"ז שפיר קאמר דהא חצרו של אדם קונה לו שלא"מ וכן ידו כמ"ש מהרי"ט בח"א סימן ק"ג הובא בקצוה"ח וכה"מ סימן רס"ח וא"כ כשהגביה ונתנה לחבירו הל"ל דידו זכתה לראשון רק שאני שלא מדעתו דעכ"פ לא נתכוין להיפך משא"כ כשהוא בידו ולא רצה לזכות וכה"ג כתבו תוספת בב"ב בדף כ"ד בד"ה אדעתא דידו קונה שלא"מ אך אם יודע שהוא בידו ואינו מתכוין לזכות אינו קונה וכה"ג כתוב בתר"י בפ"ק דברכות אהא דנקט כסא דשכרא אבל אם תכ"ד מבטל לדיבור ראשון דמשוי לו כטועה כמ"ש הרמב"ם בפ"ב מהלכות שבועות א"כ ה"נ יחזור בו תכ"ד דרוצה עכשיו ומה שלא רצה כשהיה בידו מתבטל והוי כאלו היה תחלה בידו שלא מדעתו וזכה בו כשהיה בידו דאם דיבור אחרון מבטל דיבור הראשון ה"נ יבטל מחשבה ראשונה א"ו אחר מעשה נתינה א"י לחזור לבטל דיבור ומחשבה ראשונה ובתב"ש סימן ד' סק"ה בהא דשחט וא"כ חישב למ"ז כתב דפשיטא אם תכ"ד חישב הוה כחישב בשעת שחיטה וא"כ ה"נ הוי כחישב לקנות לעצמו כשהיה בידו ואף דבערך ש"י השגתי עליו הייגו דמחשבה תכ"ד לא הוה כאלו חישב בשעת מעשה אבל עכ"פ מבטל מחשבתו דלמפרע.

ובשב הכהן הובא בפ"ת לחו"מ סימן קל"ה סק"ו כתב כמו כהטו"ז והביא ראיה מרמב"ם ותוספת דס"ל בהקדש א"י לחזור תכ"ד ומשום דאמ"ג כמסירה להדיוט ובקצו"ח סימן רכ"ה כתב דאין ראיה מהקדש עיי"ש ולי נראה בשלמא בהקדש דלא תלוי רק במקדיש משא"כ במכר כיון דלוקח שלא מסר שום דבר למוכר רק משה ומשיכה לא עדיף מקנין בגד וחזקה דיכול לחזור תכ"ד וגם לא חשוב כ"כ מעשה מה שקיבל כמ"ש הר"ן בנדרים דף ל"ה לכן גם מוכר שמסר המכר ללוקח יכול לחזור תכ"ד דאין קנין לחלאין כמ"ש הרא"ש בפרק האומנין דף ע"ז ובנתיבות סימן קל"ה סק"א כתב הטעם דמקחמא דעת המוכר דבזמן שיהא הקנין נגמר נגד הלוקח שלא יהא יכול לחזור בו באותו זמן יהא נגמר המקח גם נגד המוכר ולא מקודם וכה"ג כתבו תוס' בפה"כ דף ס"ו בד"ה ומכיוני ואף דבחו"מ סימן ר"ז סי"ח לא פסק הכי דהא מי שנתן הערבון אם חזר ערבונו מחול והמוכר אם חזר א"ל לכפול הערבון וגם רמ"א הביא פוסקים החולקים לא מטעם התוספת אלא דס"ל גם בתחילה יש אסמכתא וגם בסימן רכ"ז ס"ד יש מחלוקת אם גם המאנה יכול לחזור כיון דהמתאנה ישנו בחזרה נראה דבא"ה דהטעם דלא יהא הוטא נשכר כמ"ש בסמ"ע שם ובסימן ר"ז ג"כ שאני דל"ל דדעת הנותן הערבון שלא יגמר תנאו רק בזמן שיגמר תנאי שכנגדו דהיה המוכר לעולם א"ל לכפול הערבון ולוקח מ"מ נתן הערבון למוכר.

ולפ"ז י"ל גם ראיית הטו"ז אינו רק לענין מתנה דאינו נותן בעד מחיר ואפילו למ"ד בפרק בה"ע דף כ"ו ע"ב דגם במתנה אמרינן א"ל דה"ל הנאה מיניה לא הוה יהיב ליה מ"מ מה דהוה הוה ואפילו יחזיר המקבל לא יחויב להחזיר לו הנאה שכבר היה לו ממנו ועוד בשלמא מכר בתכ"ד עדיין רפיא ביד מוכר שמא יחזור בו לוקח שלא ליתן המעות וכן להיפך כשנתן המעות רפיא ביד לוקח שמא יחזור המוכר תכ"ד משא"כ במתנה לא שכיח שלא ירצה המקבל ויחזור תכ"ד ולפ"ז י"ל הא דבחו"מ סימן קל"ה ס"ז דבשאר דרכי הקניה אין שום אחד יכול לחזור אחר כ"ד דמשמע תכ"ד יכול לחזור אף במסר ליד חבירו היינו במכר דוקא ובזה א"ש הא דאמז"ל תכ"ד כד"ד חוץ ממגדף ומגרש דקשה ומ"כ אם עשה מעשה דמסר לידה הכסף או הגט גם במו"מ א"י לחזור לדעת הטו"ז ואם עדיין לא מסר הכסף והגט ליד האשה פשיטא דמהני חזרה דהא עדיין לא נתקדשה ולא נתגרשה מצאתי במקנה לעיל סימן כ"ז סעיף ג' הקשה כן ולפמ"ש דוקא במתנה איתא דין דהטו"ז משא"כ קידושין הוי כמכר וכן בגט אם אמר שאינו רוצה לגרשה רק מרצונה וקיבלה הגט והדרה בה תכ"ד או בלא"כ כשזרקה הגט ברשותה תכ"ד אם היה שוה גט למכר היתה יכולה לחזור תכ"ד וממילא גם הבעל היה יכול לחזור הכן שלו קודם ללאו הקשו המפרשים מנ"ל לר"מ דצריך הן קודם ללאו מדאמר משה כן הא ע"כ צריך להקדים זה או זה ואי הוה אמר אפכא הוה דייקינן גם כן דצ"ל דוקא כך ובשלמא תנאי קודם דייק מדשינה משה מבגו"ר שהקדימו המעשה ועוד לתוספת דפליג ר"ח גם בהן קודם ללאו הא לא השיב רק על הכפל שהיה צריך ונ"ל דיל"ד לר"מ דמכלל הן לא נשמע לאו אם כן כשאמר ההן ליכא תנאי עד דאמר הלאו אם כן הוי לעולם מעשה קודם לתנאי ונ"ל לפמ"ש הב"ח פרק מי שאחזו דמה דל"מ התנאי כשלא עשאו כתנאי בגו"ר הא יש ג"ד דה"ע מדלא קפיד להתנות באופן המועיל יותר ש"מ לא קפיד כ"כ שיהא תלוי המעשה בקיום התנאי עיי"ש וא"כ תינח כשיכול להתנות יותר טוב אבל באם יעברו ונתתם א"א יותר טוב דאם יקדים הלאו לא יועיל כלל וא"כ ש"מ דלאו קודם להן אינו מועיל דאל"כ הל"ל הלאו קודם כדי שיהא מפורש התנאי קודם למעשה ולכן לר"מ דמכלל הן נשמע לאו גם בהן יש התנאי קודם למעשה ליכא שום הוכחה דצ"ל ההן קודם ללאו ומוכח מזה כמ"ש הב"ש כאן סק"ג דרק בשב"מ מועיל לאו והן ולאו דלא ליקדם פרענות לנפשי דאל"כ הל"ל למשה למימר לאו והן ולאו כדי שיפורש התנאי קודם למעשה והמל"מ פ"ו מה"א הקשה דמה טענה היא דלא ליקדם פרענותא למה דמוכרח משום משפטי התנאים ולפמ"ש הני דנ"ל משום דלא התנה באופן המועיל יותר ש"מ דלא קפיד לתלות המעשה בקיום התנאי דלא רצה להקדים פרענות ולעולם קפיד.

תנאי קודם למעשה לרמב"ם דוקא כשעשה המעשה ממש קודם והקשה הראב"ד והראשונים דמבואר בגיטין דף ע"ה דמכדי כל תנאי ומיכא גמרינן מתנאי בגו"ר מה התם תנאי קודם למעשה והרי משה רבינו ע"ה קפיד ובינה מלשון בגו"ר שהם הקדימו אמירת

המעשה

המעשה והוא הקדים התנאי אף דלא עשה המעשה בפועל ממש ועו"ק מה פריך רבא שם טעמא דלא כפליה הא בלא"ה הוי מעשה קודם ומ"ל דמיירי דהקדים המעשה ממש וכ"ל סברת הרמב"ם בשלמא כשהקדים המעשה בפועל דלא אתי דיבור של תנאי ומבטל המעשה משא"כ כשהקדים רק בדיבור אלא כיון דחזינן דמשה שינה מלשון בגו"ר ע"ב גזה"כ גם בדיבור צריך להקדים התנאי אך לפימ"ש רשב"ם בפ' י"נ דף קכ"ט ע"ב דתכ"ד כד"ד היינו כאמרו בדיבור אחד וכה"ג כתב הריטב"א בנדרים דף פ"ז שכדי דיבור זה כחושי מרחשן ספתיו וכאלו מדבר עדיין עיי"ש ולפ"ז לא חשוב כלל מעשה קודם לתנאי דהא תכ"ד הוי כבדיבור אחד כאמרו והנה תוספת במרובה דף ע"ג ע"ב בד"ה כי ורמב"ן בפ"כ דף קכ"ח ור"ן בנדרים דף פ"ז כתבו דתק"ח הוא דתכ"ד כדיבור דמי יא"כ בשלמא משה רבינו ע"ה הוכרח גם בדיבור להקדים התנאי דתכ"ד לאו כד"ד דאל"כ היה המעשה קודם אבל לדידן דתכ"ד כד"ד הוי אמירה המעשה והתנאי בבת אחת ואין לימוד מתנאי של משה רבינו ע"ה דגם בכה"ג יש קפידא ואין לך בו אלא חידושו שלא יקדים המעשה ואף דבמוקדם ומגרם גם לדידן תכ"ד לאו כד"ד ה"ד לענין חזרה כמ"ש אחרונים עיין אב"מ כאן סק"ב ותוספת במרובה שם בד"ה וכמלך וביבומות יעקב לקמן סימן מ"ס סק"ב.

ולפ"ז א"ש הא דרבא פריך בגיטין שם דהתם התנאי סותר לגמרי המעשה והוי כחזרה ובמגרש תכ"ד לאו כד"ד א"כ כיון דלא הוי כתנאי בגו"ר כ"מ ולפ"ז א"ש מה דאמרה רבא מדעתו מכדי כל תנאי מתנאי בגו"ר גמרינן מה התם תנאי קודם ולא הביא המשנה דק"פ הפועלים כל תנאי שיש מעשה בתחלתו אינו תנאי ואם מפרש התם שיש מעשה בפועל תקשי על המשנה מכדי של רבא ועל רבא מהמשנה ולפימ"ש א"ש דרבא מפרש המשנה דיש מעשה בפועל ממש ולפ"ז מוכח כהרמב"ם ואף דכתב הרמב"ם בפ"ו מה"א ה"ד דכל הארבע דברים מתנאי בגו"ר למדו היינו דכהי דבמעשה ממש לא אמרו תכ"ד כד"ד לבטל המעשה דל"ל הטעם דרחושי מרחשן ספתיו וגם ל"ל דהוה כטעה כיון דעשה מעשה ודאי כתיישב היטב וכ"ד הטו"ז דלבטל המעשה הכ"ד לאו כד"ד מ"מ ה"א דוקא בחוזר בו אבל להטיל תנאי דמפרש כונתו מועיל כמ"ש תוספת במרובה דף ע"ג ע"ב דגם לר' יוסי דתכ"ד לאו כד"ד מ"מ תנאי מועיל לפרש דבריו אלא כיון דחזינן דמשה רבינו ע"ה התנה תנאי קודם למעשה נהי דלד"ת תכ"ד לאו כד"ד מ"מ ה"כ לדידן בהקדים המעשה בפועל דתכ"ד לאו כד"ד לא מהני התנאי כיון דהקדים המעשה.

ברמב"ם פ"ו מה"א ה"ג האומר לאשה אם תתני לי מאתיים זוז האמ"ל בדינר זה וא"ל תתני לי לא תהיו מקודשת ואחר שהתנה תנאי זה נתן לה הדינר הרי התנאי קיים והרי"ז מקודשת ע"ת ואם נתנה לו מאתיים זוז תהיה מקודשת וא"ל נתנה לו א"מ אבל אם אמר לה האמ"ל בדינר זה ונתן הדינר בידה והשלים התנאי ואמר אם תתני לי מאתיים זוז תהיי מקודשת וא"ל תתני לי ל"מ מקודשת הרי התנאי בטל מפני שהקדים המעשה ונתן בידה ואח"כ התנה ולעפ"י שהכל תכ"ד הרי"ז מקודשת מיד וא"ל ליתן לו כלום עכ"ל והקשה המקנה בקו"א דבריטא משמע דצריך שיאמר גם כפל התנאי קודם הנתינה ובסיפא משמע דדוקא כשהקדים מעשה הנתינה לפני כל התנאי בטל התנאי ונראה דכיון דצריך לכפול דמכלל הן לא נשמע לאו א"כ גם כשהקדים הנתינה רק לפני הלאו הוי מעשה קודם לתנאי אך י"ל כהי דמכלל הן לא נשמע לאו היינו כשלא פירש הלאו א"כ אבל כשפירש אח"כ י"ל הוכיח סופו על תחלתו דגם כשאמר ההן נשמע לאו והוי תנאי קודם למעשה אך ברמב"ם פ"ד מזכיה ה"ג פסק דהוי ספק אם כיאה הוכיח סע"ת ולכן ה"נ נקט ברישא ובסיפא מה דודאי קיים התנאי ומה דודאי בטל התנאי אבל אם לאחר ההן נתן לה הדינר ואח"כ קיים הלאו הוי ספק.

ס"ג מעכשיו או ע"מ א"ל לכפול תנאו הקשו במקנה ואב"מ מיבמות דף כ"ג רבינא אמר דכ"ע יש תנאי בחליצה מ"ט בעינן ת"כ וחליצה ודאי מעכשיו דא"א לחול את"כ דכלתה החליצה עיי"ש וכ"ל עפ"י מ"ש כ"ת ור"י בתוספת שם דודאי אין תנאי בחליצה קי"ל כיון דא"א ע"י שליח אלא ה"ק יש תנאי בחליצה שיחשב חליצה פסולה ועדיין זיקת יבמין עליה קלת לענין שיועיל אחריה מאמר עיי"ש ועכל"ל כיון דלא חלץ רק על דעת התנאי ולא נתקיים הוי כחלץ שלא ברצונו ובטעות לענין זה שיועיל מאמר אח"כ ולפ"ז אומר אני אפילו תתקיים אח"כ התנאי אינו מועיל כיון דניתרת לעלמא בלא קיום התנאי ואין המעשה חליצה בטל והוא לא חלץ רק על דעת שיהא תלוי התרתה בקיום התנאי על כרחה ורא"ה לזה מתוס' פרק איזהו נשך דף ס"ו בסד"ה ותניותי דלפיכך אם חוזר לוקח לא קני ומוכר הערבון אף דתפיס משום דלא קני לוקח כפליים דאיהו לא תפיס והרי המוכר לא עבר על התנאי רק הלוקח חזר בו אעפ"כ משום דלא קנם עלמו הלוקח רק ע"ד שיוכרח המוכר לכפול הערבון אם יחזור וכ"כ בדרישה וטו"ז יו"ד סי' רל"א עיי"ש וא"כ ה"נ כשלא כפל התנאי למ"ד דלריך לכפול ל"ל הכי דכיון דהיה יכול להתנות כהלכתו ולא התנה אמרינן דלא קפיד שיתלה קיום המעשה בקיום התנאי כמ"ש בח"ר בגיטין דף ע"ה משא"כ בחליצה דאין החסרון מהמת שלא התנה כהלכתו אלא משום דאין יכול לעשותו ע"י שליח אמרינן שפיר מדהתנה חזינן דקפיד שלא יקוים החליצה רק אם תהא מוכרחת לקיים התנאי וא"ל תקיים יתבטל החליצה אלא דגזה"כ דתנאו בטל לכן עכ"פ נשאר קלת זיקה עליה לענין שיועיל אח"כ מאמר ואם כן גם מעכשיו לא מהני דהא כל הטעם דמעכשיו א"ל ת"כ כתב הראב"ד משום דאינו נעקר המעשה כלל אם יקוים התנאי משא"כ הכא ע"י התנאי לא נפקע זיקת יבמין לגמרי אפילו תקיים התנאי הרי התנאי בא לבטל קלת ממעשה החליצה.

הג"ה רק אמר סתם סמ"ג והגמ"יי כתבו יכול להיות שמועיל מיהו בתשובות הרא"ש שמביא הטור חו"מ סי' רמ"א פסק כן בפשיטות ובחמ"ח לא ראה דברי הד"מ ב"ש סק"ה ולי תמוה דהא ברא"ש שם מבואר אם נכתב בשטר שנעשה כתנאי ב"ג וב"ר והיינו דעדים נאמנין שכן נעשה בע"פ כתנאי ב"ג ממש ואח"כ מלאתי בבכי אהובה תמה כן וכן ב"ה ומקנה וה"ו לתמייה להד"מ טועה ונראה משום דכתב הרא"ש דיל"ד אם כתוב בשטר ת"כ או בסוף השטר וקיימא מיניה כחומר כל תנאים וכן בתשובה שניה שם כתב אם כתוב בשטר ותנאים הללו נעשו כדין התנאים עיי"ש והכף הדמיון יש לפרש בתרי אנפי שבפירוש הותנה ת"כ ויש לפרש שהנותן אמר שיועיל כתנאים המקויימים וכחומר כל תנאים וכן מלינו בש"ס כ"פ נעשה כאומר ויותר נוטה כן מדלא כתוב

בחומר ובדין וא"כ א"ל מועיל כה"ג הוי ספק בתנאי דאינו מוציא מידי ודאי מעשה כמ"ב בשו"ת רשב"א שבב"י חו"מ סימן כ"ט ועוד כיון דבתחלה השטר העידו שהנותן אומר ע"מ כן ולא ככפל ולבסוף העידו שנעשה כחומר או כדין התנאים הוי סתירה ואף דאם כתוב למעלה מנה ולבסוף מאתיים אזלינן בתר התחתון היינו כיון דא"א ליישב הסתירה ע"כ אמרינן דהוי חזרה אבל כשאפשר לקיים שניהם מקיימים אותם כדאיתא בחו"מ סימן מ"ב ס"ה וא"כ ה"נ נקיים ונפרש דבאמת לא כפל התנאי רק אומר שיהא כחומר וכדין שתנאים אע"כ דאפילו יהא כן מועיל התנאי.

ס"ד י"א דל"ב בתנאי ד' דברים אלו וכתב הב"ש דלא מליכו כן כי מרמב"ס פ"ג מה"ז נשמע דא"ל ת"כ והקל"ל אע"ג דלריך לקיים בלאו משום דבג"ד אדם נתפס מ"מ בממון הולכין אחר אומדנא אבל תנאי קודם למעשה לריך והר"ן הוכיח כן מקתם משנה ב"מ דף ל"ד כל שים מעשה בתחלתו התנאי בטל עיי"ש אך בשו"ת רי"ף קל"א חשב ת"כ ותנאי קודם למעשה ותנאי בד"א ומעשה בדבר אחר כגון אם תעשה אתן לך כו"כ ואל"ת איני נותן לך כלום דהוא ה"כ ותקל"מ והן קודם ללאו ותנאי אינו בד"א עם המעשה כתנאי ב"ג ואלו תנאים כולם א"ל אלא בגיטין וקידושין שהן איסורא את"ד הרי דלא חשיב תנאי שאפשר לקיימו דלא כהש"ע כאן דהארבע דברים הם מה דחשיב לפני זה שבכללם אפשר לקיימו וגם מבואר דבממון א"ל תנאי קודם למעשה והן קודם ללאו ונראה טעמו כיון דבממון ק"ל מבלל הן אתה שומע לאו ליכא חשש דבגמר דבריו אדם נתפס כיון דההן והלאו בדיבור אחד כאמרו וגם לאו קפידא כשאומר שמעשה קודם התנאי היון דמכלל הן נשמע לאו כמלא התנאי תכ"ד לאמירת המעשה רק באיסורא דמכלל הן לא נשמע לאו א"כ התנאי אינו רק בלאו בהוא אחר כ"ד של אמירת המעשה והיינו כשהקדים המעשה רק בדיבור אבל בב"מ דאמר שים מעשה בתחלתו היינו מעשה בפועל בזה לא מהני התנאי אפילו תכ"ד דלא אתי דיבור ומבטל מעשה אף דגמרא קאמר שם מאן שמעית ליה הא סברא ר"מ והא לר"מ אפילו בדיבור יש קפידא דהא ס"ל דמכלל הן לא נשמע לאו היינו דכיון דלר"מ לריך להיות התנאי קודם לאמירת המעשה דאם הקדים דיבור המעשה אין הלאו שהוא התנאי תכ"ד ומילא במעשה ממש דאפילו תכ"ד כלאחר כ"ד דלא אתי דיבור ומבטל מעשה אפילו דרך תנאי דהא חזינן לר"מ אפילו בתנאי דאינו חזרה לגמרי לא מהני אחר כ"ד ה"כ לדידן דא"ל ת"כ גם תנאי לא מבטל המעשה בפועל אפילו תכ"ד.

בשו"ת הרא"ש כלל מ"ה סכ"ד גט שחרור שהעידו העדים שאמר המשחרר קבל גט זה ומכי ע"מ שתהיה בו משוחרר לגמרי מעכשיו ולכשתשלים ותקיים התנאי פלוני וכו' וקבל העבד הגט ואדונו עפ"י העניינים המפורשים למעלה קבל גמור וקבל כ"ז על עלמו בנפש חפלה ברלון עכ"ל והקשה בני אהובה למה לא הזכיר הרא"ש דהוי מעשה קודם לתנאי דבטל התנאי לרא"ש אפילו במעכשיו ותירץ דס"ל להרא"ש בע"מ ליכא קפידא באמירת המעשה קודם התנאי רק כשעשה המעשה בפועל לפני התנאי עיי"ש אבל בשו"ת הרא"ש כלל ע"ב שהביא הטור בחו"מ ק"ס רמ"א מבואר דגם בע"מ לריך לומר תנאי קודם למעשה וכ"ל לפימ"ש רמב"ן בפי"נ דף קכ"ז כי גמרינן מתנאי ב"ג וב"ר ה"מ כיולא בו שהוא תנאי שבין אדם לחברו אבל תנאי שבינו לבין עלמו בכל ענין הוי תנאי והטעם נותן שהרי מדעתו התנה ורולה הוא לקיים תנאו וכנון הוא זה עכ"ל ולפ"ז גם בתנאי שבינו לחברו אם חברו מגלה דעתו שמקבל עליו התנאי בנפש חפלה ברלון הרי גם אם לא היה מכריחו הנותן על התנאי שלא יתן לו זולת התנאי ומקבל התנאי ברלונו תו א"ל כתנאי ב"ג דהתם לא גילו ב"ג וב"ר דעתם שגם אם היה משה רבינו ע"ה רולה ליתן להם ארץ גלעד בלא תנאי שיעברו רולים שיהא המעשה ע"ת ומרע"ה כעס עליהם וחשש שרולים בארץ גלעד בלא אותו תנאי לכן לא הקפיד הרא"ש על קדימת המעשה לפני התנאי ובזה א"ש דילל"ד טובא למה העידו שהעבד קבל עליו כ"ז בכ"ח ברלון דמה לורך בזה הא המשחרר לא רלה לשחררו רק ע"ת ובמשחרר תליא מלתא ואם העדים ע"ה למה העתיקו השואל והרא"ש אע"כ דעי"ז מועיל התנאי גם כשאינו כתנאי ב"ג וב"ר ואם היו מעידים רק שקיבל כ"ז על עלמו בנפש חפלה ה"א משום דחפץ בשחרור אבל מוכרח על התנאי לכן העידו בכ"ח ברלון דאף אם היה רולה האדון לשחררו בלא התנאי אם העבד לא היה מתרלה בתנאי מ"מ ברלון קבל על עלמו התנאי וכיון דאין לו שום לד הכרח על מה שתלה האדון השחרור בתנאי א"ל לנשיאת כתנאי ב"ג וב"ר דהתם קבלת התנאי בהכרח מחמת שהיו חפלים בארץ הגלעד ומרע"ה לא רלה לתתה להם רק ע"ת.

עוי"ל לפימ"ש הרא"ש בפרק אלמנה ניזונית ס"ע היכא דים אומדנא אף דאינו אומדנא דמוכח טובא מ"מ סגי בגילוי דעת וא"ל להתנות בדיני תנאי עיי"ש והכא המשחרר עבדו עובר בעשה והקשו דא"כ למה בשכ"מ שלוה שישחררו עבדו כופין היורשים לשחררו והא לוה לעשות עברה ותירץ הרפב"א דמוא כאמר שכל שאמר הרב לשחררו אומדין אותו שעשה לו טובה שהוא חייב כך על גמולו דאתחזיק איכשי בעוברים על עשה לא מחזיקין וכיון שכן הרי הוא כמוכרו לו דלא אסרה תורה לשחרר עבדים אלא בחנם ברלון הלב הובא בב"י חו"מ ס"ס רכ"ו וכ"כ הר"ן בפרק השולח דאינו איסור במשחרר לטובת עלמו וא"כ הכא דהתנאי היה שלא ילערו ולא יברח ממנו ששה שנים והוי האומדנא שעושה לטובת עלמו כדי שלא יברח ממנו ולא ילערו כל הששה שנים לכן סגי בגילו דעת דאינו משחררו רק ע"מ כן דאם כיתא כיון שהקדים המעשה לתנאי אפשר העיקר אללו המעשה ולא קפיד שיתלה המעשה בתנאי דוקא והתנה רק לזרוזיה א"כ עובר אעשה והאומדנא דייקא דמשום תנאי זה משחררו דאם משום דבל"ז עשה לו העבד טובה שהוא חייב כך על גמולו אם כן ה"ל לשחררו בלא תנאי זה ולא היה העבד מקבל עליו התנאי בכ"ח ברלון כיון דבלא"ה חייב לשחררו לכן דייקי העדים להעיד כך.

סי"ד אפילו הוא אומר אין בידי כתב עלמות יוסף אם המנה בידו מסתמא כל מה שים ביד האדם הוי שלו ומקודשת קידושי ודאי אעפ"י שאין לנו עדים שהוא שלו כל שלא אומר שאינו שלו כ"כ הר"ן ז"ל עכ"ל ובר"ן ליתא הך קיום כל שלא אומר אדרבה מוכח דאפילו אמר שאינו שלו ומקודשת קידושי ודאי דז"ל וכיחום שמא יש לו דכיון דקדש ומתחלה אדעתא דהכי רגל"ד שהיו לו שאל"כ למה קדש והשתא הוא דבעי לסהדר ביה ואסיקנא דחיישינן וכו' ומיהו כל שבידו חזקה שהוא שלו

ומקודשת

ותקודשת קידושי ודאי ואעפ"י שאין לנו עדים שהן שלו עכ"ל הרי דקאי עמ"ש דבעי למהדר ביה דהיינו לכן אומר שאין לו ועי"ז כתב ומיהו כל שבידו וכו' ואפשר כונתו דבשעת קידושין אומר שאינו שלו דאז צ"ל דבעי למהדר דהא עכשיו מקדשה וכיון שכתב הר"ן דהשתא בעי למיהדר דהיינו אחר הקידושין מבואר דבשעת קידושין אם אומר מהימן ונראה דגם אחר הקידושין נמי שהודיע האמה יכוהו יאמר יש לי מנה ואינו שלי והראה לעדים המנה כאמן דהפה שאסר הוא שהתיר דאי בעי לא היה ונראה להם ואינו מגרע בזה מה שאומר שאינם שלו ועיין כתיבות סימן ע"ב ק"ה ס"ק ל"ד ובסימן ע"א ס"א סק"ד.

סי"ח הראה לה מנה משלו והוא משועבדת לב"ה מקודשת וכתב הח"מ דאם אקני לו מעכשיו איכה מקודשת ודאי וכתב עלי אהזים ז"ל ולא ידעתי על איזה אופן שיכול לשעבד לבע"ה מעות או מטלטלין שיהא השעבוד אל מעכשיו בכדי שלא יכול הלוה להוליא מעות או מטלטלין האלו ולהגבות לבע"ה ממעות אחר א"ל שימסרם לידו במשכון וכיון שהראה לה מקודשת ודאי ומ"ש הרי"ו כיון דלא אקני לו מעכשיו היינו שא"י להקנות המנה מעכשיו בתורת שעבוד עכ"ל ותמוהין דבריו דודאי יכול להקנות מעכשיו שא"כ יפרע עד ז"פ יהיו מעות או מטלטלין האלו של מלוה אף דלא מקרן ליד מלוה וכדאיתא במג"א סימן תמ"א סק"א וסק"ה דכה"ג אם לא פרעו בזמנו הוי של המלוה למפרע לענין חמץ וה"נ אינו מקודשת ודאי שמא לא יפרע וממקום אחר יהא זה של מלוה למפרע ומ"ש שיכול הלוה להוליאם ג"כ אינו כיון דאקני למלוה אינו רשאי להוליאם שמא לא יוכל לפרוע ממקום אחר או יפול הירושה ליתמי כמלא הוי גזלן למפרע שהוליא מעות או מטלטלין של מלוה.

והרויח אח"כ והראה לה מקודשת בדרישת אדי כתב לפמ"ש תוספת בפרק כה"ג והאשונים שם אהא דשני לוגין שאני עתיד לפרוש יהא מעשר וכן סלע שתעלה בידי יהא מחולל על זה דאין ברירה משום דאינו עומד למתברר דשמא לא יפרים ולא יעלה בידו כלל ה"נ שמא לא ימלא מליאה ולא יראה לה לכן אפילו מלא מליאה והראה לה הוי רק ספק כיון דקי"ל א"ב את"ד ובמחכ"ת לא הבין דברי התוס' דהתם הברירה בין הלוגין יין איזה יפרים ובין הסלעים איזה יעלה בידו וכיון שאפשר דלא יפרים ולא יעלה בידו שום סלע אינו עומד להתברר בין הלוגין ובין הסלעים משא"כ הכא הברירה אם יראה לה או לא וזה ודאי עומד להתברר דהא אם לא ימלא ולא יכויח ודאי לא יראה לה מנה שלו וא"ל דהברירה אם יראה לה או לא יראה לה אף שימלא ויכויח וזה אינו עומד להתברר דשמא לא ימלא דא"כ בע"ת שילכה אבא ויאמר הן דלעיל סעיף ס"ח דאם שמע אח"כ ואמר אין מקודשת כיוא ג"כ דהברירה אם יאמר אין כשישמע או לא יאמר ואינו עומד להתברר דשמא לא ישמע כלל אע"כ דאין בזה רק הן או לאו וודאי עומד להתברר דא"ל ישמע לא יאמר הן ה"נ אם לא ימלא לא יראה לה דאין הברירה בין שני דברים על איזה יחול הסילול וכן מבואר ביש"ש בפ"ה דב"ק בדיני ברירה.

סכ"ד ע"מ שאני בן עיר וכו' פרש"י בקידושין בדף מ"ט ע"ב דיש בזה קפידא שבכרך היוקר תלוי בו ובכתובות דף ק"י אהא דאין מוליאין מעיר לכרך וומכרך לעיר פריך בגמרא בשלמא מכרך לעיר דבכרך שכיח כל מילי אבל מעיר לכרך מ"ט ומשני דישבת כרכים קשה פרש"י דבעיר האויר יפה יותר ועומד בית היילל על קהירת רש"י וכ"ל דבכתובות תליא באומדן הכו"ל ולא בדידה לכן אף דבכרך היוקר מלוי הרי לעומתו שכיח כל מילי והמזונות וכסות מוטל על הבעל לכן ל"ל משום האויר משא"כ בקידושין דהתנה בתנאי הרי דיש לה קפידא בזה ואפילו ע"מ שהוא כסף ונתן לה זהב או ע"מ שאני עני ונמלא עשיר הוי קפידא דאיכא דניחא ליה בזה יותר כדאיתא התם ומשום האויר ליכא למימר הקפידא דא"כ כשנולדה בכרך ועד עתה יושבת בכרך אם תלא לעיר יזיק לה השינוי ווקא כדאמרינן בכתובות שם מנוה רעה לנוה יפה מזיק לה השינוי ושם ועכ"פ מכרך לכרך דרגילה ומיטבעת בזה אין מזיק לה האויר לא יהא שום קפידא ומ"מ בע"מ שאני בן עיר ונמלא בן כרך הוי קפידא עכל"ל ומשום היוקר שלא ילמלם לה וניחא לה יותר לילך לדור עמו בעיר אף דלא מלוי שם כל מילי.

אפילו אמרה בלבי היה להתקדש לו בש"ס דייק מזה דדברים שבלב אינן דברים וכתב ישועת יעקב דיש לתמוה על הרשב"א שכתב דל"ע בהא דתנן ע"מ שיש לי בת או שפחה ואין לו איכה מקודשת די"ל איכה מקודשת קידושי ודאי אבל ספק הוי שמא יש לו דלפ"ז מאי דייק הש"ס דדברים שבלב אינן דברים כיוא א"נ רק מספק משום דאיכה כאומרת כיון שהוא היפך ממה שאמרה בפה ועו"ק לדעת הראב"ד דביטול התנאי לריך להיות בעדים כיוא משום דעדים א"י מה דבלבה ונראה כיון די"ל מגו דיכולה עכשיו לבטל התנאי ומה לה לשקר כאן סהדי דקושטא קאמרה ומה לה לשקר דכאן עדיף מגו לי לשקר דאיתא בש"ס בכמה דוכתי דהכא יכולה לבטל התנאי עכשיו בהיתר ואף דכתב הריב"ש בסי' קל"ג דלסתור מה שאמר תחלה אינו כאמן במגו שאני הכא דהא הש"ס דהי דאין ראיה דדברים שבלב לא"ה דברים דכיון דאתניה לאו כל כמינה לעקרה לה לתנאיה ופרש"י הוא"ל ושמעה ולא מיחתה לומר אף עפ"י"כ אני חפילה בך עכ"ל וא"כ מה ס"ד דמייתי ראיה דדברים שבלב אינן דברים דודאי שאני כשבאה לעקור התנאי שהתנה בפירש אע"כ דס"ד כיון דהאשה לא אמרה בפיה כלום רק בתקה לא חשוב עקירה לדברי פיה וא"כ מה"ט כמי ס"ד דכאמנת במגו דמבטלה עכשיו התנאי דלא סתרה דברי פיה.

סל"ה וביטל התנאי כתב הר"ן מה דמהני ביטול משום דכל תנאי שהוא לטובתו לא התנה רק אם יקפיד. ועמדו בעלי אהזים והמקנה כיוא אין ברירה דהא תולה בד"ע כמו כתוב לאיזה שארצה אגרש.

ואישתמיט להו מ"ש הרשב"א בתשובה ת"ה סימן פ"ב דכל דבר שיכול לחול כשיתברר חל כמי למפרע ואין בו משום ברירה כמו בית בביתי שור בשורי מכור לך ול"ד לכתוב לאיזה שתלא בפתח תחלה או לאיזה שארלה דא"א לחול כשיתברר אחר שנכתב הגט דלא הוי כתיבה לשמה.

ב"מ נסתפק אם מחילה שלא בפני הלוה מועיל ואישתמיט לו מ"ש הגמ"א בפרק איזהו נשך סכ"ב והובא בש"ך יו"ד סימן קע"ג סק"ח דמועיל ומוכח דא"י לחזור דאל"כ הוי רבית כמו בשט"ח דלריך שם כומ"ש.

סל"ז להאריך הזמן הקשה הטו"ז מיו"ד סי' רכ"ח סל"ט

קל״ע בנשבע לשלם לז״פ א״י להאריך הזמן והובא בבה״ע וכ״ל דלטעם הרא״ש בתשובה סימן ל״ה הא דיכול לבטל התנאי או לגרוע קנת משום דתנאי לבטל המעשה קידוש ואין לך בו אלא קידושו ואתי דיבור ומבטל דיבור א״כ זה לא שייך בשבועה וכ״כ בא״ב״ת אלא גם למ״ש הר״ן בפרק המדיר הטעם דיכול לבטל התנאי דכל תנאי שהוא לטובתו דעתו שיתקיים התנאי דוקא אם יקפיד וה״נ יכול להאריך הזמן דלא התנה על ז״פ רק אם תקפיד דוקא על אותו זמן ולא תתרצה להאריך ונהי דגם בנשבע לפרוע לז״פ דהשבועה משום דמלוה ומשביעו ג״כ י״ל דדעת הנשבע רק אם יקפיד המלוה מ״מ י״ל דסברת הר״ן אינו ודאי דהרי הרשב״א שהובא בר״ן בם לית לו האי סברא וגם הרא״ש כתב טעם אחר והא הפשר דבשעת התנאי לא עלה ע״ד כלל שלא יקפיד דהרי קפד כשהתנה וא״כ ל״ל ודאי היה דעתו בשעת התנאי שאם לא יקפיד יתבטל התנאי וכ״ל דמ״מ הוי בספק בתנאי וכיון דהקידושין ודאי אין ספק תנאי מוליא מידי ודאי קידושין וכמ״ש התל״ת פט״ו מטוען ונטען ה״א בד״ה ונחזור ועמ״ש לעיל סימן כ״ט ס״ז וגבי בשבועה ספקו אסור ועוד דהך דינא דיו״ד הוא מתשובת הרשב״א כמבואר בב״י ובאה״ג שם והא הרשב״א ס״ל דאין ביטול התנאי מועיל רק בממון די״ל הריני כאלו התקבלתי אבל האורכת זמן דאינו כאומר כאלו התקבלתי דהא עדיין עומד בחיוב השבועה לפרוע לזמן אחר כמבואר שם לכן הסמיך הש״ע כדעתו דטעם הרא״ש בתנאי ליכא למימר בשבועה רק טעם הר״ן אבל הכא דהן לטעם הרא״ש הן לטעם הר״ן יכול להאריך הזמן אבל המחבר אחר הרוב ומ״ש הא״ב״ת דגם להר״ן א״י להאריך הזמן אינו מוכרח כלל ועי׳ ש״ך ביו״ד שם ס״ק ק״א דדינו של הרשב״א אין חולק עליו ואף לפמ״ש בבד״ה שם דהרא״ש וא״ח חולקים י״ל כיון דמלוה רולה להאריך לו הזמן לא אכפת לו אם יעשה כמ״ש הב״י והמחבר שם א״כ הוי דבילו״מ לכן הסם לדברי הרשב״א ולא אזל בתר רוב דעות..

עיי״ל דמ״ש הר״ן דדעתו עם התנאי רק אם יקפיד ולא ימחל אינו ברור ואדרבה קתמא כיון דלא פירש בשעת התנאי כן לא עלה על דעתו שלא יקפיד אלא כיון דאין שהדי אלו היה נותן אל לבו שאפשר לא יקפיד היה דעתו שאם לא יקפיד יתבטל התנאי ומהני כאלו ידע זה בשעת התנאי וכמ״ש הש״ך בחו״מ סימן ש״ה סק״א כה״ג והנה כבר כתבתי לעיל בסמוך דהא דלא אמרינן אף דאח״כ לא קפיד לא הוברר למפרע משום דכל דאפשר לחול כשיתברר לא אכפת לן אם לא הוברר למפרע ומ״מ אל הקנין למפרע וא״כ התירה בתנאי בקידושין אבל בנשבע דכיון דחל השבועה מו אי אפשר שיתבטל אח״כ בלא התרת חכם כדאיתא ביו״ד סימן רכ״ט וא״כ כשהאריך לו זמן אח״כ אם כיוא דלא הוברר למפרע א״א ביחול הביטול בשבועה אח״כ והא דמהני כשהתנו שיוכל להאריך הזמן כדאיתא ביו״ד סימן רכ״ח סל״ע ה״ט דקי״ל כשעומד להתברר יש ברירה כמ״ש תוס׳ בגיטין דף כ״ה וש״ש בפרק שור שנגח אך נראה דזה דוקא אם מתחלה היה ספק ומהני כשעומד להתברר משא״כ כאן שנשבע לו קתם לפרוע בז״פ ולא התנו משום דלא עלה על דעתם כלל שאפשר יאריך לו מלוה הזמן ונקפיד עכשיו ולוה היה בטוח בשעת שבועה וגמר בדעתו שישלם לז״פ רק אח״כ ע״י קבה שנתחדש גלוה שלא השיגה ידו לפרוע בזמן ופייס למלוה שיאריך לו הזמן בזה נ״ל הוברר למפרע וכעין שכתבו

תוקפת בפ״ק דביצה ד״י, בהא דהמת בבית ולו פתחים הרבה כשהוליאו המת בפתח אחד אמרינן הוברר למפרע כיון שמתחלה היה ספק באיזה פתח מאלו יוליאו אבל אם אח״כ פתח פתח חדש והוליאו בו נ״ל הוברר למפרע אפילו למ״ד יש ברירה כיון דמתחלה לא היה ספק על פתח שנתחדש.

סל״ח אינה מקודשת ואם כנסה תו״ז התנאי כתב הר״ן בשם הירושלמי דבא מעשה לפני ר׳ אבהו ופסק דמכתמא בשעת הביאה בטלו התנאי שלא תהא בב״ז ומ״מ כעשו הדמים מלוה עליו תמ״ה ס״ק כ״ז וז״ל ירושלמי אתא עובדא קמי דר״א שכנסה תו״ז ואמר נתתי לה והיא אומרת לא נטלתי ואמר ר״א ז״ל הב לה א״ל רבי אשה לא קניתי ואת אמרת לי ז״ל הב אר״א מימי לא שמק בי אדם אלא זה חזר ואמר אם חזר בו יתן ולא הדא מלתא קדמייתא הזר ועשאו מעשה ב״ד עכ״ל ואינו מובן כלל מה שאמר ועשאו מעב״ד ונדחק בריטב״א בזה כמ״ש בש״ק.

ונ״ל דנהי דחזר ר׳ אבהו ממה שהודה להבעל דפטור מ״מ אחר שהודה כיומא דהאשה אכחה אדעתה ונתייאשה כדאיתא כה״ג בתה״ד סימן ש״י ולמדו מיבמות דף ל״ז ע״ב והובא בחו״מ סי׳ רס״ה ס״ג בהג״ה ובחוב דעת מהרי״ק דמועיל יאוש הובא בחו״מ סי׳ קס״ג בהג״ה אמנם נראה דהיכי דיש לו שטר חוב לא מהני יאוש דהא כתב המלחמות בפרק אלו מליאות בהא דראה סלע שנפלה דיאוש לא מהני בדבר שברשותו וכתב רמב״ן בתשובה סימן ק׳ מן הירושלמי פרק הכותב אשה דפוגמת כתובתה נשבעת דכעין שבועת התורה דכמי שמוחזקה בידה הוא דעומד לגבות כמי שגבתה ממש והובא בחו״מ סימן ע״ד ק״ו בסמ״ע סק״י ומבואר בפ״ק דב״מ דף י״ז ע״ב דמעשה ב״ד כנקיט שטרא בידן דמיא וא״כ לומר פרעתי ולכן דעת הרמב״ם וסייעתיה דכשנתחייב בב״ד שלא עפ״י הודאתן א״כ לומר פרעתי דחיוב ב״ד הוי מעב״ד והא דאם אמרו לו ב״ד לא תן לו וילא נאמן לומר פרעתי הייכו רק אם נתחייב על פי הודאתו כמבואר בש״ך חו״מ סימן ל״ט וסימן ע״ט וא״כ הכא דתחלה אמר לו ר׳ אבוהו ז״ל הב לה דהיינו לא תן לו והחיוב היה שלא על פי הידאת הבעל הוי מעב״ד ול״מ בה יאוש וז״ש הירושלמי חזר ועשהו מעב״ד היינו חזר לפסקו הראשון שחייב להבעל ועשהו לחיוב הראשון מעב״ד לכן לא הפסידה במה דאסקה דעתה ומחוב אחר דטעה ר׳ אבהו והודה לדברי הבעל ואף דקי״ל בע״ה מכאן ולהבא גובה ואי אקדים או זבין מלוה קודם שגבה ל״מ דהוי אינו ברשותו כבר כתבתי במקום אחר ותלאתיו במהרי״ק דדוקא קרקע מיוחד השוב אינו ברשותו כיון דיכול הלוה לסלוקיה בזוזי או בדבר אחר משא״כ החוב בעלמו כיון דעומד לגבות השוב כמוחזק בידן ובירושלמי ספ״ק דגיטין יש פלוגתא אם מחל חוב שבשטר אם מהני מחילה בלא קנין ומ״ס דהחוב כמוחזק בידו דמלוה הובא בש״ך חו״מ סימן רמ״א.

עיי״ל דלכאורה יל״ד מאי ק״ל לירושלמי ולא הדר מלתא קמייתא הרי חזינן דחזר בו כדאמר חזר ואמר וכמה פעמים מלינו בש״ס חזר בו כמו בר״פ הזורק הדר בו ובכ״ד אלא די״ל מה דחזר ואמר יתן משום דאם לא יתן תהא למפרע בב״ז ובטלה טענת המקדש אשה לא קניתי אך כיון דזה אינו תכח דין ב״ד בין איש לאשתו לחייבו ממון אלא ללי״ש שלא תהא בב״ז וכיון דטען נתתי רק במלתא דאיסורא כאמן

נאמן על עצמו וכדמצינו בפ"ב דכתובות דף כ"ב ע"ב וביבמות פ"ח ע"ב תרי ותרי נינהו באומרת ברי לי לכן אמר ר' אבהו לא שחק בי אדם אלא זה דנלאו לכן פריך ולא הדא מלתא קמא בשלמא אם אינו עובדא קמייתא י"ל דאינו אומר נתתי אלא חזר ומליתן לכן אר"א יתן שלא תהא בב"ז למפרע אבל כיון דהוא מעשה ראשון והרי טוען נתתי ואיך אמר יתן הא לענין איסור נאמן על עצמו לזה תירץ חזר ועשאו כמו גט מעושה שכפאו בכפיית ב"ד לא שאומר לו שבעצמו יצא ידי"ש דהדין ב"ד חייב ליתן כיון שכנסה וכיון שהוא דין ממון שבינו לבינה אינו נאמן לומר נתתי.

עוי"ל דבטור וש"ע בשם הרמ"ה כתבו דאם כנסה סתם חייב ליתן לה הכתובה ולא הזכירו דמחויב ליתן לה מה שהתנה עמו בשעת קידושין המנה כדאיתא בירושלמי ועמד על זה בעל"א ונראה כיון דבכנסה אמרינן דמחלה לתנאה אפשר מחלה לגמרי שגם זולת ביטול הקידושין שתלתה בתנאי מחלה לגמרי ואף דכיון דליכא אומדנא דמחלה רק שלא יהא תלויין הקידושין בתנאי כדי שלא יהא בב"ז א"כ אף דמחלה בלבה לגמרי יהא דברים שבלב דאינו מחילה מ"מ כיון דמעיקרא לא היה המוקדם מחויב ליתן די"ל אינו נותן ויתבטל הקידושין א"כ כשכנסה דאפשר מחלה גם החיוב מהני כמו שכתב בנה"מ סימן י"ב סק"ה דדוקא מחילה על דבר שכבר נתחייב לו לא מהני מחילה בלב וליכא אומדנא אבל בדור עמי או אכול עמי שאומר שהיה בדעתו למחול לו ודאי מהני מחשבתו דהוי כנתנו במתנה בשעת מעשה ופשוט עכ"ל וכן הוא ברמ"א חו"מ סימן קכ"ב ס"י האומר לחברו דור עמי א"ל ליתן לו שכר ומשום דאפשר מוחל לו וא"כ למה אמר הירושלמי דחייב ליתן כהי דאומרת שלא מחלה ותובעת המנה הא קי"ל בי"ס פטור באומר לו מנה לי בידך וזה אומר א"י אם נתחייבתי ואף דלצ"ש חייב מ"מ בטוען נתתי צ"ל חייב לצ"ש כיון דאין החיוב רק לצ"ש והרי טוען נתתי ועכצ"ל דר"א ס"ל כר"ה דגם בא"י אם נתחייבתי חייב מדינא וכן שהם בירושלמי ר"פ הבית ועליה אהא דמכיר את אביו נוטלן דמוכח מהמשנה דבו"ם ברי עדיף ולא דחי כמו דאר"ל בש"ס דילן בש"ס עסק שבועה ביניהן וכן בש"פ שם"ד הביא הירושלמי רק דברו ר"ה בלא חולק לכן פסקו הרמ"ה ומוש"ע דאינו חייב רק כתובה דאנן קי"ל בא"י אם נתחייבתי דפטור לכן ס"ד בירושלמי דומה דחזר ואמר אם חזר בו יתן היינו לצ"ש ופריך לא הדא מלתא קדמייתא בשלמא אם מעשה אחרת היא י"ל דאינו טוען נתתי אבל כיון דאמר זה על מלתא קדמייתא דטען נתתי א"א לחייבו לצ"ש ותירץ עשאו במעשה ב"ד כפאו בכפיית ב"ד ומשום דגם בא"י אם נתחייבתי חייב מדינא ומבוס דבירושלמי ר"פ הבית ועליה הביא כן מן ר' הושעיא דס"ל בא"י אם נתחייבתי חייב לכן אף דר"י ס"ל פטור הא ר' הושעיה רביה דר"י והלכה כר' הושעיא כמ"ש הכ"מ והובא ב"י ומלאכי סימן תקע"ו אבל לפי ש"ס דילן דלא הביא דר"א ס"ל הכי קי"ל כר' יוחנן ור"נ דפטור.

עוי"ל דבפאד"ת דף כ"ג אר"כ הא דד"ת מחזירין כשטעה בש"ה בשיש גדול הימנו וכתב הרז"ה בשיש גדול הימנו דאפשר לברר טעותו מפי אחרים ולפיכך מחזירין אבל כשאין גדול ממנו זה שטעה עשוי דאמרינן ליה דלמא כי היכא דטעות בסברא קמא לדבריך טעות נמי בבתרא וכה"ג פרש"י והראשונים ולזה בנידון זה דאין הדין מבורר רק מסברא חזר בו ר' אבהו וא"כ פריך שפיר איך חזר ודן לחייבו לבעל אחר שהודה לו שפטור ולאו הדא מלתא קדמייתא והא בד"מ אין מחזירין ולא היה גדול ממנו ומשני חזר ועשאו מעשה ב"ד דתחלה דן ביחידי כדאיתא בירושלמי פ"ק דסנהדרין ר' אבהו הוי יתיב דיין לגרמיה אמר כיון דאיכון אמנין לי יתיב דיין לגרמי ואתון לגביי כמי שקבלו עליהן וכאן דחזר בו עשה מעשה ב"ד ואז לא יכול הבעל לומר לאו כל כמינך לחזור כיון דעתה הן רבים ותחלה היה יחיד.

כתב הר"ן שם דאפילו תו"ז התנאי אם אמר נתתי מכיון שכנסה נאמן דל"ש למימר הכא דלא עביד איניש דפרע גו זימניה דכיון דרצה לכנוס זמניה הוא וכשחזר ר' אבהו לא שחייבו לבעל ליתן אלא שפסק הדין אם מודה שלא נתן אלא שרוצה לחזור כופין אותו ליתן ומהרי"ט הקשה דזה דוחק דהלשון משמע שחזר וחייבו לבעל ליתן עיי"ש ועו"ק למה נדחק הר"ן יאמר נא דמיירי שאומר הבעל אחר שכנסה נתתי דכיון דהקידושין ונשואין אינו תלוי בתנאי רק חוב עליו ועדיין תו"ז לכן אינו נאמן ול"ל דעדיין ליאמן במגו שנתתי טרם שכנסה דלא נתרצה לכנוס עד שנתתי לה אמנם י"ל כיון דאין דין זה פשוט דאם כנסה סתם דמחויב ליתן לה א"כ עד דר' אבהו אידם הדין זה ודעת הרמ"ה דבאמת פטור כמ"ש לעיל א"כ הוי כהא דתנן בפ"ק דב"ב דף ה' סמוך לו כותל אחר בחזקת שלא נתן עד שיביא ראיה שנתן ומשום שאין משפט זה גלוי לכל ועד שיחייבוהו ב"ד אינו עשוי ליתן ומבואר בטוחו"מ סימן קנ"ז שנוטל בלא שבועה דטפי הוי בחזקת שלא נתן מאומר פרעתיך בתוך הזמן אך הא מבואר שם דאם יכול לומר בניתיו בהדך נאמן לומר פרעתיך במגו ונראה דשאני הכא דהא איתא לקמן סימן פ"ה סי"ב דאם אמרה אתה נתתי לי במתנה בשעת היסת וכתב הס"מ הטעם דנאמנת ומשום חזקה דאינה מעיזה לשקר בפני בעלה אפילו בהכאת ממון עיי"ש בב"ש סק"ל וא"כ נהי דהתם האשה מוחזקת משא"כ הכא הבעל מוחזק מ"מ כיון דיש שתי חזקות חזקה דאין אשה מעיזה בפני בעלה וחזקה דאין עשוי לפרוע עד שיחייבוהו ב"ד ונהי דמגו במקום חזקה הוא בעיא בב"ב שם ולא איפשטא ה"מ נגד חזקה אחת משא"כ נגד שתי חזקות וכדמחלק בעירובין דף ל"ו לענין תרי ותרי דמשום חדא חזקה לא מרעינן ספקי ומשא"כ בתרי חזקה ה"נ משום חדא חזקה לא מרעינן מגו אבל בשתי חזקות מרעינן והר"ן לשיטתו שכתב בשלהי נדרים אהא דגרסתני נאמנת משום חזקה דאין מעיזה פניה בפני בעלה דכי אמרינן הכי היכי דבעיא לאפוקי נפשה ומבעלה דאיכא העזה טובא לפ"ז אם טען נתתי לה כשרציתי להכניסך מהיון ואם טען נתתי לך אחר הנשואין תו"ז שהתנה ליתן או אפילו טען בנתן אחר הזמן תלוי בפלוגתת הס"מ ור"ן אם יש חזקה דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה בהכחשת ממון וי"ל נמי דבתו"ז אף לולא חזקה דאינה מעיזה אין הבעל נאמן דחזקה דאין פורע תו"ז וחזקה דכיון דאין דין זה גלוי לכל אינו פורע עד דמחייבי לו ב"ד ואינו נאמן במגו אלא דמהרי"ט כתב אף תו"ז אחר שכנסה מחויב ליתן לה מיד.

בח"מ בהג"ה לריך עדים ומשמע מלשון הר"ן דאם אין עדים אינה מקודשת כלל דמדמה לאומר מנה הלויתיך והלה אומר א"י דהמע"ה חמ"ח וכתב עלי

עלי אריס דירושלמי לא משמע הכי דאיתא התם הוא אומר כתבתי והיא אומרת לא כתבתי מכיון שהוא עבקם לאוקרה לאו כל כמיניה מדנקט לה משמע דוקא במכניסתו אבל באומרת אי הבעל נאמן עכ"ל ולפי מ"ש לעיל דהא דפסק בירושלמי כנסה סתם חייב ליתן לה ואין הבעל יכול לומר שמא מחלה דירושלמי לשיטתו דס"ל במנה לי בידך והא אומר אי הן הלותני בו"ש ברי עדיף לכן ה"נ בהוא טוען שקיים התנאי והיא אומרת אי והר"ן דלמד מהירושלמי דכנסה סתם חייב ל"ל מדלא אמר הירושלמי דזה אתיא למ"ד בו"ש ברי עדיף ש"מ דלכ"ע היא דהרי לר' יוחנן שסתם הירושלמי דבו"ש לאו ברי עדיף אבל הא דנקט בשניהן טוענין ברי דלאו כ"כ משום דנקט מה שהוא לכ"ע.

והא דצריך עדים בתנאי דקו"ע כתב ב"י בשם הרמ"ה דאם איתא דקיים תנאו בסהדי הוה מקיים כי ליכא סהדי נ"ה ור"ל דאם איתא דקיים תנאו בסהדי הוי מקיים והיה מביאן להעיד ומדאינו מביא עדים רגלי"ד דלא קיים והב"ש סימן קמ"ד סס"ק י"ד הקשה מגיטין דף ע"ו בהר"ז גיטך אם לא באתי עד יב"ח ומת תוך יב"ח מגורשת דפריך וניחוש שמא בא והרי ל"ח שעבר בפועל ולפמ"ש לק"מ דכיון שמת י"ל שבאמת בא והיה לו עדים אלא דמת ואין אנו יודעין מי הם וכה"ג איתא בחו"מ סימן ק"ב אח"כ מצאתי בהב"מ שהביא כן מהמהרי"ט ולפ"ז צ"ע אם מת פרס שהוכחש בינו לבין האשה אם חיישינן דקיים תנאו וצריכה חליצה.

עוד כ"ל לייסב קושית הב"ש דה"ע דבקו"ע צריך עדים שקיים משום דאמרינן בבכורות דף כף דלא אזלינן בתר רובא התלוי במעשה וכתב רמב"ן שם דמיעוט שאינו תלוי במעשה עדיף מרובא דתלוי במעשה והנה אף דאינו מוכרח שיהא המיעוט עדיף עכ"פ מוכח דכל שאינו תלוי במעשה שקול כהרוב התלוי במעשה וא"כ כ"ש הכא דאפשר עדיף מיעוט דהא הוי ספק השקול אם עשה מעשה או לא כתלא דלד הספק שלא עשה מעשה הוי כרוב ועיין רפ"ב דכתובות כיון דאיכא רובא כברי ושמא דמי הדי ע"י הרוב נחשב טענת ברי שלו כשמא לכן בתנאי דקו"ע אינו נאמן בלא עדים ואינה מקודשת וכ"ז כאן או במתנה ע"ת שיעשה לו המקבל א"ה דבר דאין הנותן בא להוציא מן המקבל משא"כ בגט דהתנה א"ל באתי חיישינן שמא בא דהכי דכיון דתלוי במעשה הוי כרוב לומר דלא עשה מ"מ כמו דלא אזלינן בתר רובא להוציא ממון ה"נ להוציא אשה מחזקת א"א לא אזלינן בתר רובא דילפינן דבר דבר מממון וכמ"ש בית יעקב בכתובות דף כ"ג דלא מהני חזקה או רוב להוציא מחזקת א"א כמו דאין מוציאין ממון דילפינן דבר דבר מממון וא"כ הכא בין כימא כיון דתלוי במעשה הוי הלד שלא עשה כרוב בין אם כימא הטעם דמוקמינן אחזקת שלא עשה דלא כבתנה מ"מ כ"ז אין מועיל בגט להוציאה מחזקת א"א אף דעכשיו מת ואינה א"א מ"מ כ"מ לענין חלוצה וגם באנו להוציאה מחזקת א"א מכבר קודם שמת וה"א שבכאן דנאמן בברי שקיים התנאי כל שאין כנגדו מכחישו י"ל דק"ל תנאי מלתא אחריתי דהרי כבר קידשה רק הספק בתנאי וכמ"ש המל"מ פט"ו מטוען ה"א בד"ה וכמזור דכל שיש ספק בתנאי אפילו אין המקבל מוחזק רק מוכה באגמא מוקמינן לה בחזקת המקבל כיון דודאי נתן והספק רק בתנאי אין ספק תנאי מוליא מידי ודאי נתינה ועמ"ש לעיל סי' כ"ט

ס"ז ויש לפקפק על המל"מ ממאי דפריך הש"ס וניחוש שמא בא הרי הוי ספק בתנאי אך מבואר בספ"ק דב"מ דאיסורא דא"א חמיר וממונא ואין לפקפק לשיטת הר"ן דבקו"ע אינו נאמן בלא ראיה למה בהלוהו בעדים א"ל לפרעו בעדים דשא"ה דמחויב ועומד לפרוע משא"כ בתנאי אינו מחויב דאם ירלה לא יקיים התנאי כדלעיל סק"ו.

ועדיין יל"ד למה בתנאי דשוא"ת על הנותן להביא ראיה שעבר המקבל בפועל ואם אינו מביא ראיה מוליאין מידו של נותן והרי ברוב או חזקה אין מוליאין ממון ונראה כיון דהוה ספק בתנאי והנתינה ודאי ומפרש לפמ"ש בערך ש"י על הו"ת סי' מ"ו סק"ז עפ"י דברי מהרי"ט בתשובה ח"א ס"א דבתנאי שוא"ת חל הנדר מיד וכשעבר אח"כ מתבטל וה"ל במכר ומתנה ולכן אין ספק תנאי מוליא מידי ודאי מתנה ומכר וכששניהן אין מוחזקין נותנין למקבל בכל ספק בתנאי כמ"ש המל"מ לכן בתנאי שוא"ת אהני מה דאינו תלוי במעשה קיום הדבר להיות כרוב או חזקה לומר דלא עבר בפועל אפילו להוליא דעד כאן אין מוליאין ממון ברוב או חזקה אלא אם בלאו הרוב או חזקה אפילו אין שום אחד מוחזק אין נותנין לא לזה ולא לזה אבל בכה"ג מוקמינן הרוב או חזקה נגד חזקת המוחזק ויהא כספק השקול דמילא נותנין למקבל והא דפריך בגט ניחוש שמא בא משום דבאיסור א"א לכתחלה לא תנשא אפילו יש תרי רובא להתירה כמ"ש התוספת בשילהי יבמות דף קכ"א בטורבא מרבנן שנפל לשאלי"ם לא תנשא לכתחלה אף דמשאלי"ם רובא אין גילולים ובלו"ת איכא עוד רוב דאם איתא דגילול קלא הוי ליה עיי"ש.

סימן ל"ט

ס"א ע"מ שאין עליה נדרים בפרק המדיר דף ע"ג אמר אביי ל"ת טעמא דרב משום אחולי אחליה לתנאו ופרש"י דאית לה כתובה והקשו תוספת הא תנן כנסה סתם לית לה כתובה והיינו אפ"ת דהיינו קדשה סתם וכנסה סתם לית לה כתובה כ"ש בקידשה ע"ת וכ"ס ער"ן ואב"מ ונראה לפמ"ש הרמב"ם בפ"י מה"א דחופת נדה אינה קונה דבעינן חופה הראויה לביאה לכן ה"א דאחליה לתנאו דע"י התנאי אינה ראויה לביאה דשמא יש עליה נדרים והיא פנויה ולרמב"ם יש בזה לאו דל"ת קדשה וגם לראב"ד עכ"פ עובר בעשה עיין הה"מ פ"א מה"א והקשו למה מותר מלך בפלגש בלא קידושין והירץ מהרי"ט בקידושין דכל האיסור משום דלא אגידא גביה ולא תהא פריצות לכן במלך דבלא"ה אין משמשין בשרביטו מותר והנה בכתובות שם לקמיה אמר בגמרא דקדשה סתם וכנסה סתם תנא מספ"ל אי קפיד אנדרים לכן צריכה גט מספק ולר"א ל"ג מדרבנן וכתבו תוס' בד"ה ע"מ והרמב"ם דאפילו קדשה סתם לבד הדין כן וא"כ אפילו קפיד אגידא גביה וליכא איסור פנויה לכן גם בקדשה סתם וכנסה סתם ובעלה לית לה כתובה דלא אחיל לתנאו אבל בקדשה ע"ת י"ל דאחליה לתנאו לגמרי כדי שתהא חופה ראויה לביאה וא"ל דא"כ איך תנן דכ"ש אין לה כתובה דהא בלא כתובה אסורה לו והוי חופה שא"ר לביאה וכמ"ש הרמב"ם בפי"ז מה"א דלפיכך צריך לכתוב לה כתובה לפני החופה וא"כ כימא דאחליה לתנאו זה אינו דהא הרמב"ן הוכיח דמהני החופה בלא כתב לה כתובה כמבואר בהה"מ שם וכתב הה"ת בטעם הרמב"ם

הפ"ב

משום דבעינן לכתחלה חופה הראויה לביאה שלא יחסר דבר אפילו מדבריהם עיי"ש והיינו שלא מעכב בדיעבד לפסול החופה רק דיש לעשות לכתחלה כן ועיין בפרק כירה דף מ"ג דאמר נטל מוכן הוא אלא שבת משום דאי עבר ותקנו מתוקן וכתבו תו' שם דאם יש איסור דאורייתא ל"ה מוכן אבל באיסור דרבנן חשוב מוכן וכן מוכח בעירובין דף ל"ח ע"ב גבי מערב ברגליו הואיל אי בעי אמר אף דאסור מדרבנן עיי"ש בק"נ ה"נ משום חסרון דאין לה כתובה חשוב עדיין חופה ראויה לביאה כיון דאינו איסור תורה ועכ"פ מוכח דצריך בשעת החופה והייחוד שתהא אז ראויה לביאה. דאל"כ הא מלי לכתוב כתובה ולמה מצריך הרמב"ם שיכתוב דוקא לפני החופה וא"כ הכא דאם נימא דלא אהניא לתנאו והוא גברא בהסוא פחדא יתיב שמא יש עליה נדרים ואין מאמינה א"כ בשעת חופה וייחוד אינה ראויה לביאה כלל דשמא פנויה היא ואסור לבוא עליה ולא מועיל אם אחר זמן יתברר דאין עליה נדרים ולפ"ז י"ל מה שפרש"י שם דקדשה ע"ת שאין עליה נדרים והקשה בא"ז דלמה שבק רש"י תנאי דמומין שבמשנה תרוייהו קתני ולפמ"ש א"ש דבמומין נ"ל דאהניא לתנאו שתהא חופה ראויה לביאה דהא עיקר החופה הוא הייחוד והרי בידו בשעת ייחוד לבדקה דבלא"ה איתא שם דף ע"ה ע"ב חזקה א"א שותה בכוס אא"כ בודקו ופרש"י דכניסה לחופה היא שתיית הכוס וא"כ ראויה לביאה בשעת הייחוד אם אין עליה מומין משא"כ נדרים א"א לו לדעת בשעת הייחוד דאפשר אח"ז יתברר דיש עליה נדרים.

עוי"ל מה דלא נקט רש"י רק נדרים ולא מומין דבא"ז כתב דלפיכך מייאן אביי בטעם דאחליה לתנאו דס"ל דל"מ מחילה ובתוספת הקשו מה יועיל מחילת התנאי אחר דכבר נבטלו הקידושין ע"י שלא נתקיים התנאי ובשו"ת הרא"ש כלל מ"ה כתב דמועיל מחילת התנאי דלולא דקידשה תורה בתנאי בגוב"ר דמהני תנאי ה"א דאין תנאי ונבטל המעשה לכן אין לך בו אלא חידושו כשלא ביטל אח"כ התנאי אך לפ"ד הגאונים ורי"ף ורמב"ם דבעינן שיהא כמעשיו א"כ כתנאי בגוב"ר וביארו הר"ן והמ"ג דזה לא הוי עקירת המעשה דאם יקוים התנאי יחול המעשה ומעכשיו משא"כ באם דע"י התנאי אין המעשה חל עד קיום התנאי ומסברא לא היה מהני התנאי לעקור המעשה אלא דילפינן מתנאי בגוב"ר לכן דוקא כשהתנה כתנאי ב"ג וב"ר ולפ"ז בע"מ ומעכשיו גם ביטול התנאי ל"מ כיון דאינו חידוש והמל"מ כתב דלפיכך צריך בסוטה ת"כ משום דהתנאי על העבר וא"א להתקיים עוד גם במעכשיו צריך כתנאי בגוב"ר וא"כ ה"ה בתנאי מומין אבל בנדרים אף דנדרה כבר מהני כשיתיר לה חכם דעוקר הנדר למפרע כדאיתא בגמרא שם לקמיה א"כ בע"מ ל"מ מחילת התנאי לכן אמר אביי ל"ת משום דאחליה לתנאו עוי"ל דהר"ן הקשה עמ"ש אביי משום דא"א עושה בב"ז הא עדיין בב"ז כיון דאין לה כתובה דכל הפוחת וכו' וכ"ל דהא הטעם שלא תהא קלה בעיניו להוציאה דלפיכך במוכרה הכתובה אינו ב"ז כדאיתא בפרק המוכר א"כ הכא דיכולה להתיר נדרה ולהר"ן גם אחר שנודע לו אינה קלה בעיניו להוציאה לכן שפיר אמר אביי הטעם דא"א עושה בב"ז בנדרים דוקא.

והר"ן הקשה על רש"י דמהיכי תיתי לומר ודאי אחליה לתנאו ויש לה כתובה הא שני לומר שמא אחליה לתנאו לכן צריכה גט מספק אבל לענין כתובה המממע"ה וכדאמר הש"ס לקמיה תנא ומקפ"ל לכן ל"ב בקידשה וכנסה סתם וכתובה אין לה ונראה דהא קי"ל בקידושין דף נ' דדברים שבלב אינן דברים וא"כ ה"נ במקדשה סתם נימא אף אם קפיד מ"מ כיון שלא התנה דברים שבלב אינן דברים וי"ל משום דחזקה ואומדן דעת קלא דמקפיד ל"ה דברים שבלב כמ"ש הר"ן ומהרי"ט היכא דאנן סהדי על דבר לבו ל"ה דברים שבלב אך עדיין קשה כיון דתנא מקפ"ל הו י"ל דאנן סהדי כיון דכמה ב"א מקפידין על נדרים י"ל דגם הוא מקפיד ואינו קותר לדיבורו כלל דהא דקדשה סתם דכסבור שאין עליה נדרים ואנו מסופקין על איזה ענין קידש אבל קע"ת ואח"כ כנסה סתם דבא לעקור דברי פיו לומר דבלבו אחליה לתנאו אם איתא דאינו ודאי ל"מ כלל דהוי דברים שבלב כדאי' בקידושין שם כיון דאתניה לאו כל כמינה לעקרה לתנאה בדברים שבלב ועיין נה"מ סי' י"ב סק"ה דמחילה בלב אם ליכא אומדנא דמוכח דמחל ומחילה על דבר שכבר נתחייב לו אמרינן דברים שבלב ל"ה דברים ול"מ המחילה משא"כ מחילה שבלב מתחלה כמו דור עמי ואכול עמי מהני מחילה שבלב וה"נ כשקדשה על תנאי רק באנו לומר שמא אח"כ מחל כל דליכא אנן סהדי ל"מ המחילה כלל משא"כ בקדשה סתם וכ"ש דהספק אם לא קפיד ומחל בשעת מעשה אלא דעדיין ל"ע בהא דתנא מקפ"ל ולית לה כתובה דספק ממונא לקולא מ"מ מהסוא דזבין ארעתא למיסק לא"י ואנס ולא העלה דאמר רבא דהוי דברים שבלב אף די"ל מש"ה לא התנה דלא עלה ע"ד שיתנה וכאן אמר רבא תנא ומספ"ל הא אף די"ל מש"ה לא התנה דלא עלה ע"ד שיש עליה נדרים מ"מ כיון דלא התנה יהא דברים שבלב ויהא לה כתובה וכ"ל דבשלמא בק"ס וכ"ס ויש עליה נדרים מכבר אם הוא גברא דקפיד בנדרים רק בסבור שאין עליה נדרים וקפידא הוי דכמה ב"א מקפידין הוי קידושי טעות וא"צ תנאי לכן לא אמרינן דברים שבלב אינן דברים משא"כ בזבין משום דהיה דעתו למיסק לא"י ואח"כ נולד אונס שלא יכול לעלות ל"ה קנין בטעות דהא נולד האונס אח"כ רק דנימא דהוי כהתנה. אם יהא נולד אונס יתבטל המקח זה אינו בגדר טעות רק לומר דהוי כהתנה אמרינן כיון דלא התנה בפירש הוי דברים שבלב ודברים שבלב לא מהני תנאי דכל תנאי מהיכא גמרינן מתנאי ב"ג ואין לך בו אלא חידושו כשהתנה בפירוש אי לאו אומדנא דמוכח טובא דהוי כפירש בפיו ואח"כ מצאתי בס"ב הזכרון יוסף הובא בפ"ת לחו"מ סי' רמ"א דבדבר הנוגד לא הוי בגדר טעות ולפ"ז אם זבין נכסיה מפני ברכה לעלות לא"י רק בשעה שזבין לא גילה דעתו אלא מקודם ואח"כ נודע שכבר בשעת מכר היה האונס שא"א לעלות בטל המכר דהוי מקח טעות וצ"ע לדינא.

ובתוס' כתבו לתרץ פרש"י דכתובה בעי למיתב דמיירי בבעל ומשנה דתני הלה שלא בכתובה בלא בעל ומנלו המפרשים דמ"ש לענין כתובה. נימא דוקא בעל אחליה ולענין גט גם בלא בעל אחליה וי"ל דהמחילה אינו מועיל ביטולו הקידושין למפרע כאשר הקשו תוספת לבסוף רק דחופה קונה לאביי בר"פ דקידושין דף ה' דמבני קושיית רבא על ר"ה דאמר חופה קונה מק"ו דכסף וכתב מהרי"ט דמ"מ אינו גומר להיותה נשואה אם לא קדמו קידושין עיי"ש וא"כ ארוסה לית לה כתובה לכן דוקא אם בעלה אח"כ נעשית נשואה ויש לה כתובה

כתובה אך בא״ז כתבו דאם נימא אחליה לתנאו חלו הקידושין למפרע וכ״כ כתבו תוס׳ לחד תירולא והק״ל עו״ק דבכתובות שם אמר משום דכנסה סתם אחלה וביבמות אמר אי אמור בהאי ה״א משום דבעלה אחוליה לתנאיה וכ״ל דקשה עוד נהי דאביי מיאן בטעם דאחליה לתנאו משום דק״ל דלא מועיל מחילת התנאי וכמ״ש בא״ז אבתי למה נאיד מטעמא דאחיל לתנאו ומקדשה עכשיו בחופה דקונה לאביי או ע״י ביאה שאחר החופה ומקדשה משום דאחיל לתנאו ומה נ״ל משום דא״א עושה בב״ז אפילו יסבור דל״מ מחילת התנאי שיחולו הקידושין למפרע אך ק״ל חבעוה להכנסה ונתפייסה לריכה ג״כ משום היחוד שמא רואה ע״ד וכתב המרדכי דאם כדהו הנשואין ואח״כ חזרו ונתפייסו לריכה שנית ג״כ וכדאיתא ביו״ד סימן קל״ב ואח״כ כאן דהתנה ע״מ שאין עליה נדרים ונפשה יודעת שיש עליה נדרים והוא קפיד ואח״כ כשכנסה אחיל לתנאו יש חיוד חדש ואח״כ הוי חיפה שאינה ראויה לביאה דהבעיא בפ״ק אי מהני חופה בפרסה נדה דוקא כשפרסה אחר החופה אבל תוך החופה או קודם ודאי ל״ה חופה עיין ברא״ם כתובות דף כ״ו וק״ב אלא אם נימא כהס״ד דמהני מחילת התנאי והלין הקידושין למפרע הלא דאינה נשואה ע״י החופה ול״ל כתובה אמנם הר״ן הקשה על הרמב״ם הרי ק״ל יש חופה לפסולות כרב ותירץ הלה״מ דהאי פסולות דלעולם פסולות ומ״מ כנסה דעתו לבוא עליה באיסור ולדידיה הוי ראויה לביאה דבדעתו תליא עכ״ד ולפ״ז י״ל ה״נ אם בעלה אח״כ ולא המתין ג״כ אינגלאי דלדידיה היתה ראויה לביאה ואם בעלה רק אחר ז״נ ודאי נעשית נשואה אז אבל כשלא בעלה עדיין הוי חופה בא״ר לביאה דמסתמא אין דעתו לאיסור ועדיין ארוסה היא ול״ל כתובה אלא דאף אם בעלה אח״כ ומ״מ י״ל הסתא דאהוין ועד עתה בחזקת כשרות היה ול״ה דעתו לבוא עליה באיסור רק כיון דבדעתו תליא לא עדיף מתנאי ולס״ד דמהני מחילה אח״כ ה״נ אם בעל אח״כ הרי דלא קפיד על האיסור ומחל ומהני שפיר החופה להיותה נשואה ויש לה כתובה ולאת״ל דאין זה דומה לתנאי שמחלו מ״מ י״ל דזה לא ס״ד כלל דמחילת תנאי יועיל למפרע שיחולו הקידושין רק ס״ד משום דחופה קונה ואינו גומר וביאה גומר הקידושין של החופה ונעשית נשואה ומה דלא תימא הכי לפי האמת היינו מה״ט דאם כשכונסה לחופה מוחל הוי היחוד חדש ול״מ החופה וממילא גם בביאה שאח״כ ל״ל א״א בב״ז דכבר יש ביאת איסור ועכל״ל רק בשעת ביאה מוחל לה התנאי ומקדשה ואז ל״ש חיוד חדש וכמ״ש הטו״ז ביו״ד סימן קל״ב דבשעת ביאה דפת בסלה ליכא חיוד חדש והאיה מתגר ורות וכ״ז להס״ד אבל להמסקנא דאביי דל״מ מחילת התנאי רק עכשיו ומקדשה אם כן ל״ל משום דכנסה סתם אחיל לתנאו ומקדשה עכשיו דאין החופה ראויה לביאה ואף אם בעל אח״כ לא מהני דמ״מ בשעת החופה לא היתה ראויה לביאה ובעל אח״כ באיסור ול״ל א״א עושה בב״ז ומקדשה בביאה ועכל״ל דבכנסה סתם לא מחל לתנאו רק בשבעל מחל וליכא חיוד לכן אמר ביבמות משום דבעיל אחיל לתנאו וכן בכתובות רק משום דאינו עושה בב״ז.

שמא הלך אצל חכם והקשה המ״ח דהא בתנאי דשוא״ת ל״ה דתעבור בפועל ותקלקל א״ע ותירץ אב״מ לפ״ד ר״ש בפ״ק דנדרים דף ח״ת ע״ב שאפילו בלא ידיעת הנודר יכול החכם להתיר כיון שיודע שהנודר ונתחרט דהתרת חכם הרי היא כהפרת בעל ולא מלינו חלוק בין הפרת חכם להפרת בעל אלא בלשון עיי״ש ה״נ יש לחוש שמא תתחרט על נדרה בביתה והחכם שלא ידע ומעייני הקידושין יתיר לה שלא בפניה ונמלא נעקר הנדר למפרע עכ״ל ולא נ״ל כלל דנהי דלהר״ש יכול חכם להתיר שלא בידיעת הנודר היינו כיון שהנודר ונתחרט ורולה בהתרתו זכין לאדם שלא בפניו אבל הכא נהי דמתחרטת מ״מ אינו רולה בהתירה שלא תקלקל את עלמה אין חבין לה שלא מדעתה ואף דאמר הר״ש דלא מלינו חלוק בין התרת חכם להפרת בעל הא ע״כ מודה דיש חלוק דהא בעלמו אומר כיון שיודע שהנודר ונתחרט ובהפרת בעל א״ל לחרטתה כלל ואפילו בעל כרחה יכול לכופה בתעבור על הנדר אם ונבטלו כדאיתא ביו״ד סימן רל״ד כל״ט אע״כ הדמיון רק כשיודע שהנודר ונתחרט וניחא לו בהתרה.

ב״ש הקשה לנו״ל שמא תלך אצל הכס ת״ל שמא ימחול הבעל ראבון ולא יקפיד והלין הקידושין למפרע ולפמ״ש לעיל בסימן ל״ח סל״ה דלפיכך מהני כשלא יקפיד הבעל שיחולו הקידושין למפרע ולא אמרינן אין ברירה לפמ״ש הרשב״א בשו״ת תולדות אדם סימן פ״ב דכל דבר שיכול לחול כשיתברר חל גם כן למפרע וא״כ הכא דנשאת לאחר תו אי אפשר לחול כשיתברר שלא ומקפיד ממילא אמרינן אין ברירה ולא חלו קידושי ראשון למפרע ואף דקי״ל דברירה הוי ספק אם י״ב מ״מ הירושלמי חיים רק בספק אחד שתלך לחכם ויתיר נדרה דאז ודאי יחולו קידושי ראשון למפרע משא״כ לחוש שמא לא יקפיד ואז ג״כ רק ספק אם חל למפרע הוי ס״ס ועוד דהא מבואר בירושלמי פרק המדיר ה״ז דאסורה להנשא שמא תלך אצל הזקן ויתיר לה את נדרה וקידושין חלין עליה למפרע וכמלאו בניה בא לידי ממזרות א״כ י״ל דלא חיים אלא שיבואו לידי ממזרות ודאי אבל ספק ממזר מותר מן התורה לא חיים שמא יבא לאיסור דרבנן ואף דמהרי״ט בשו״ת חיו״ד סימן ב׳ כתב דאין עושין ס״ס בידים וכן ספק דרבנן והובא במג״א סי׳ תק״ז סק״ב י״ל דוקא בהפסד ממון אין עושין ס״ס בידים ולא בחשש שלא תנשא ויש חשש עגונה אף דיכולה להתיר נדרה קודם שתנשא הרי אינה רולה עכשיו להתיר הנדר א״כ אין לה חרטה וא״א בהתרה וכה״ג כתב הטו״ז ביו״ד סי׳ שכ״ג סק״ב ומה תעבה אם בעל ראשון אינו רולה ליתן לה גט תשאר עגונה ועוד למה יאמר הירושלמי חשש שיש בו ס״ס להתיר או ספק דרבנן משום דאין עושין בידים יותר אגר חשש שמא יבא הדבר לאיסור ודאי.

והנה אם מת המקדש בלא בנים ויש לו אחים י״ל דמותרת בלא חליצה להנשא דהירושלמי אמר הטעם דתני דאסורה להנשא בלא גט שמא תלך לזקן ויתיר נדרה ויבאו בניה לידי ממזרות הא׳ דלא חיים דכמלא למפרע עשתה היא ובעלה איסור ומשום דחשש רחוק שתקלקל את עלמה דרוב ישראל כשרים רק משום מעלה עשו ביוחסין לא סמכו על זה וכה״ג בקידושין דף ע״ג דמשום מעלת יוחסין החמירו בשתוקי לפוסלו אף דאיכא ס״ס עיי״ש בריטב״א ונראה דילא להירושלמי זה מגבריתא דאמר לא תנשא בלא גט אבל אם מת ראשון בלא בנים מותרת להנשא בלא חליצה דאל״כ הל״ל רבותא יותר דאפילו בלא חליצה דליכא חשש כרת דא״א מ״מ חשבו דמ״ל

דמ"ל איסור לאו וגם איסור כרת כדאיתא ביבמות דף קי"ט ע"א אע"כ דהאיסור רק משום חשש ממזרות וביבמה לשוק אין הולד ממזר כדאיתא בירושלמי בפ' האשה שהלכה ולקמן סי' קנ"ט.

הג"ה ולכן אסורה להנשא בלא גט נ"ל כונת רמ"א דמ"ש המחבר חוששין י"ל לכתחלה ואם רוצה לגרשה תקח גט ורמ"א אמר דאסורה להנשא בלא גט ואפילו אינו רוצה ליתן גט או הלך למדה"י ומה שהקשה הח"מ הרי פסקינן לקמן סימן קמ"ג אם התנה בשו"ת ובידה לקיים מותרת להנשא ול"ה שתקלקל א"ע נ"ל דהתם אין להחמיר עליה שלא לעגנה כדאמרינן בריש גיטין ובכ"ד דמשום עגונה הקילו רבנן אך הכא דהלכה ברמאות דקדשה ע"מ שאין עליה נדרים והטעתו איהו דאפסדה אנפשה וכדאמרינן בפ"ג דכתובות ולקמן סימן כ"ב בפסקה על עצמה תשב עד שתלבין ראשה ואין אומרים לו כנוס או פטור שלא תתעגן.

ס"ב היו עליה נדרים והלכה אצל חכם והתירם מקודשת בש"ג כתב דהיא ספק מקודשת וכתב בעל"א בתירוץ שני דכל הסוגיא קאי למ"ד יש ברירה אבל לדידן דמספ"ל אי י"ב ה"נ אעפ"י שהתיר החכם אין הקידושין חלים למפרע כיון שבשעת קידושין היה ספק דשמא לא תלך לחכם או מי יימר דיזדקק לה חכם עכ"ד. ולא נ"ל דא"כ מה צריך דתני הכא דמקודשת ותני הכא דא"מ לימא הא כמ"ד י"ב והא כמ"ד א"ב או"ו דא"א לומר כאן א"ב דא"כ למה חכם עוקר הנדר למפרע כיון א"ב ולא הוברר למפרע דיתחרט על נדרו וישאל עליו ויזדקק לו חכם ואדרבה לא היה מועיל היתר חכם אפילו מכאן ולהבא דהא רק בעל ואב מיגז גייז אבל חכם צריך לעקור הנדר למפרע ולעשותו נדר טעות וכלא היה כלל דאם אמרת אין ברירה ואל הנדר אין כח בחכם לגייז אחר. אלא אע"כ דגזה"כ אף אם א"ב דיעקור החכם הנדר למפרע ומגו דלענין גוף הנדר נעקר למפרע ממילא ה"נ לענין הקידושין דחשוב כודאי לא היה אז עליה נדר וכדאמרינן בפ"ק דסוכה דף ז' מגו דחשוב מחילה לענין סוכה חשוב נמי באותו שבת מחילה לענין שבת עיי"ש וכ"ש הכא דע"כ תלוי זה בזה דא"א לומר דהנדר נעקר למפרע ואפ"ה לא נדר מעולם לענין קידושין כיון דהיה עליה נדר אלא נתבטל הנדר רק בשעת היתר חכם מאז ולהלאה כיון דלא הוברר למפרע.

ס"ד ב"ש סק"א כתב דאם היא אומרת דנולדו המומין אחר האירוסין לא הוי כאומרת קדשתני וצריכה גט דהכא גרע טפי משום דאמרינן ככב"ה ומוכח דהיא משקרת וכתב הב"מ דכ"כ נמי בחידושי הרא"ה ומ"מ תמוה דאפילו נגד עדים שאכה"ד ומכ"ש נגד חזקת ככב"ה וכן נוחו כל האחרונים ולאומר הנושא נ"ל לפמ"ש תוס' בכתובות דף מ"ז ע"ב דאין הולכין בתר אומדנא לומר שקנה בהמה ואירע בה מום אה"נ לומר דאדעתא דהכי לא קנה אלו ידע שיארע אונס משום דלא תליא בדעת לוקח לבד דמוכר אינו רוצה בזה כ"ז שלא פירש הלוקח ואסברה המל"מ בפ"ו מהלכות זכיה דדוקא כשיש פסידא למוכר בזה דאין הבהמה חוזרת לו עיי"ש ולכאורה קשה למ"ש תוס' התם באשה שנעשה בעלה בע"מ לא אמרינן דתיפוק בלא גט דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה כיון דתלוי נמי בדעת המקדש ע"כ הרי המקדש אינו מפסיד כלום דגבפי בא ובגפו יצא וצ"ל לפמ"ש תוס' בב"מ דף ק"ו דקנס דשידוכין ל"ה גוזמא דבדין הוא שיתחייב כל השוזר בו שמבייש את חברו א"כ ה"נ הוי לבעל הפסד הבושה אם תצא ממנו בעל כרחו בלא גט מחמת המום לכן תלוי נמי בדעתו וה"ה אם נולד מום באשה אחר אירוסין דאם יתבטלו הקידושין בושה הוא לה לכן תליא נמי בדעתה אך כ"ז בנולד בה מום שיכולה לברר שנולד אחר הקידושין אבל כשאין לה ברור דאזי מדינא אמרינן ככב"ה דכבר לפני האירוסין היה בה המום והמקדש חשבי מגנה וא"ל גם אך מחמת דאומרת שנולד בה המום אחר האירוסין שאכה"ד בזה אין לה שום הפסד אם תצא בלא גט דהא כסף קידושין לא היה שלה לפני הקידושין והפסד הבושת בין כך ובין כך הוא כי הבעל ספשי ומה לה ולו אם היא שאכה"ד וליכא על המקדש שום כפיה ליתן לה גט דהא מדינא אמרינן שהיה לה המום לפני הקידושין ואיהי אפסדה אנפשה במה דמשקרת וכהאי גוונא הוא בחו"מ סימן כ"ה ס"א בש"ך סק"ה מהריב"ש סימן של"ג א"כ אדרבה יותר טוב לה שנאמר אדעתא דהכי לא קידשה הבעל ולא תהא אגידא גביה דאם תאמר דדעתה מעכב שלא לילך בתר אומדנא תפסיד הרבה דהמקדש לא אגיד גבה להצריכו ליתן לה גט ולומר גרמא דנפל בחולקך טב או בים גרריה או שמא לא ירצה ליתן גט דהוי פרענותא וזילותא דהא א"צ לגרשה כלל והיא תהא אגידא בו ולא תוכל להנשא לעולם ממילא תליא בדעתו וא"צ גם אפילו לפי דבריה שנולד בה המום אחר הקידושין.

אך כתתי אל לבי ותמה תמה אקרא על הפנ"י בקו"א בפרק המדיר והבית מאיר ועצי ארזים והמקנה בקו"א ואב"נ חמשה ארזים בישראל שכולם יחד נוחו על הב"ש דשאכה"ד אפילו כנגד עדים וכ"ש כנגד חככב"ה דלדעתי כיון דמבואר בטור דמיירי בנערה וכן מבואר בב"ש וכן הרא"ה שבאס"ז וריטב"א גם דכתבו כהב"ש כולם מיירי בנערה וקי"ל לעיל סימן ל"ז דאין נערה יכולה לקדש את עצמה בלא דעת אביה והיא ברשות אביה א"כ כיון דאביה אינו יודע אימת נולד בה המום ומדינא אמרינן ככב"ה ובטלו קידושין וצריך האב להחזיר הכסף קידושין והמקדש אינו צריך לישא אותה ואינו רוצה בה א"כ הנערה בזה בברי שלה להפקיע את עצמה מרשות אביה דאם נאמינה וצריכה גט לא יוכל אביה לקדשה ולזה שקידשה אביה לא הועיל מעשיו א"כ צ"ל שאכה"ד וכמ"ש הר"ן בשילהי נדרים באומרת טמאה אני לך דצ"ל שאכה"ד כיון דמשועבדת לבעלה ואף דבלא"ה קשה להתירה בלא גט כמ"ש באס"ז משום דיש חזקת הגוף לומר עכשיו נולד בה המום ומ"מ כ"מ אם עדים מעידים שנולד בה המום קודם שנתארסה והנערה אומרת לא כי אלא אחר שנתארסה דצ"ל שאכה"ד להפקיע עצמה מרשות אביה ויכול האב לקדשה לאחר ואין צריכה גט ממקדש ראשון וכ"כ נמי בשילהי נדרים דמדינא איכא נאמנת לומר טא"ל משום דמשועבדת לבעלה. וכן משמע מפירש הרא"ש גם שפירש דלמשנה ראשונה האומרת טא"ל האמנוה חכמים משמע מד"ת אין נאמנת ושאר מפרשים דתרצו באופן אחר הא דהקשו איך למשנה אחרונה מותרת לבעלה איך יעקרו חכמים דבר באסירה מן התורה ולא תרצו משום דמשועבדת לבעלה י"ל שאני התם דשעבוד זה בידה להפקיע אם תזנה דכמה פריצי בשוקא משא"כ להתקדש בלא רצון

דלגן אביה אין בידה ולא ביד שום אדם לכן נמי לאו כל במינה לשאנ"ד וכה"ג בנדרים דף פ"ו אמר מי.דמי בדה בידו לפדותה אבה בידה להתגרש ואף דאמר נמי התם בשדה זו שמשכנתי לך לעשר שנים לכשאפדנה ממך תקדש דקדשה משום דקי"ל וא"כ ה"נ משועבדת רק עד שתהא בוגרת שאני הכא דברשות האב לקדש בתו נערה ותשאר מקודשת לעולם.

ועוד נראה דלכ"ע היכא דידוע שמסקרת ומכח עדים או חזקה לאו כל במינה להפקיע את עצמה משעבודה לבעלה מחמת דשאנ"ד והא דבני עו"ל דלמשנה אחרונה אינה נאמנת שלא תתן עיניה באחר הקשו הראשונים איך יעקרו חכז"ל איסור תורה היינו דהתם יש לומר מדינא נאמנת כיון דמחייבת את עצמה גם כן נאמנת ונתחת בעלה ואדרבה איתתא בכ"ד כיחא לה כדאיתא בפרק המדיר דף ע"ה ובכמה דוכתי ואיתא בגיטין דף כ"ה בש"ת ביד לוקח ואומר המוכר דס"ת זה לא עיבד הגוילין לשמה מתוך שנאמן להפקיד לעולין נאמן להפקיד הס"ת דאימור קושטא קאמר הרי אף דמדינא אין עד אחד נאמן להעיד על של חברו מ"מ ע"י מתוך נאמן ומגלינו נמי כן בכדה שסופרת לעצמה אף דאין ע"א נאמן על דבר דאיתהזיק איסורא מתוך שנאמנת על עצמה נאמנת נמי לבעלה כמ"ש בהידושי רמב"ן בריש גיטין לכן באומרת טא"ל הנ"ל שמא קושטא קאמרה דזה רק מתקנה אמרו שלא תתן עיניה באחר ואיך נתיר לבעלה ספק איסור ויותר נוטה דקושטא קאמרה כי למשנה ראשונה אפילו כתובה נוטלת ויוצאת וכ"ש אם בעלה חושש לדבריה לכן הטוה תשובות הרא"ש כלל ל"ה ס"ד באלמנה שקדשה עצמה ואח"כ בא אחר ואמר שקדשה ומקודש דכתב הרא"ש דאפילו היתה מודה לאחר לא כל במינה לאסור עצמה על זה שידוע שקדשה ולא היה בה שום איסור אם היה בא עליה אלא דה"א דבייתה לשבה אתיכה דאיסורא ולא ספינן לה איסירא ויוציאנה בגטו בלא כתובה והובא בב"י לקמן סוף סימן מ"ו ונתקשה בה הב"י איך תוכל לשאנ"ד והד"מ תירץ משום דהיה קלא קול ול"י נראה דכונת הרא"ש דבאמת אם הבעל רוצה לדור עמה אין בה שום איסור דלאו כ"כ להפקיע עצמה ממנו אלא אם רוצה לומר על שעבודו ה"א דשאנ"ד ותלא בגטו בלא כתובה ואינה יכולה לחזור בה ולומר שקר הודיתי ואני רוצה לדור עמך ואם תגרשני הן לי כתובה דיכול לומר אני חושש להודאתך ואיני רוצה לדור עמך ואז לא קפינן לה אבן הביא דין איסורא לפי דבריה דשאנ"ד כיון דהבעל מוחל בעבודו וזה מוכח מדכתב הרא"ש תחלה דלא היה בה שום איסור אם היה בא עליה והא כיון דשאנ"ד ודאי יש בה איסור דאין מאכילין לאדם דבר האסור לו א"ו ה"ק אם היה בא עליה ואינו חושש לדבריה ליכא שום לתא דאיסורא אלא אם רוצה לגרשה בלא כתובה אינה יכולה לעכב.

ב"ן ע"מ בתוספתא פ"ב דקידושין ע"מ שאני עני והיה עני והעשיר וכו' מקודשת שאיני אלא עשיר והיה עני והעשיר שאין לי בנים והיה לו וא"כ מתו פי"ל בנים ולא היה לו וא"כ נולדו א"מ זה הכלל כל שאינו מתקיים בשעת קידושין א"מ והקשה באב"מ להר"ן דמחילת התנאי משום דלהכאתו התנה אין דעתו שיתבטלו הקידושין מיד אלא הדבר תלוי עד שידע בנדרים ומומין ויקפיד ומאי קפידא אית בתנאים שבתוספתא כיון דאז נתקיים התנאי עיי"ש וכ"ל דבשלמא כשנשאר הדבר כמו שהיה בשעת קידושין י"ל דהוברר למפרע דלא קפיד כיון דמתחלה עד"ז התנה ועומד היה להתברר כמ"ש תוס' בפרק כל הגט דאם עומד להתברר י"ב מש"כ אם נולד התחדשות שהיה עני ונעשה עשיר דל"ל הוברר למפרע דלא קפיד דאפשר אם היה נשאר עני גם עכשיו היה מקפיד וכעין שכתבו תוספת בנילה דף יו"ד בהמת נביה ולו פשעים הרבה וא"כ עבה פתח חדש והוליא המת בו ל"ל הוברר למפרע.

עוי"ל דיל"ד למה שינה התוספתא לשוני דברישא אמר ע"מ שאני עשיר או ע"מ שאני עני והדר אמר שאיני אלא עשיר הנ"ל כמו שאני עשיר לכן י"ל דבדוקא נקט דאם היה מתנה ע"מ שאני עשיר והיה עני והעשיר כיון דכונתו בתנאו אם ידע לו ויקפיד והרי עתה אינו מקפיד משא"כ כשאמר ע"מ שאיני אלא עשיר מדלא אמר ע"מ שאני עשיר ע"כ כונתו שלא תתקדש לשום אופן אם לא יהא עשיר אפילו לא תקפיד ויהא חשוב בעיניה כאלו אני עשיר עתה או כונתו שלא יהא עני ועשיר אלא דלפ"ז תקשי למה אם היה עשיר ונעשה עני מקודשת כיון כמו שלא יהא עשיר ועני וי"ל דהא חזינן דתוספתא תלה שיהא מתקיים בשעת קידושין דודאי כונתו על מה שבשעת הקידושין אלא כשאמר בלשון שלילה שאיני אלא עשיר אמרינן דבא לשלול שאם עכשיו עני ויעשיר אח"כ אף דלא תקפיד לא יהיה קדושין אבל להוסיף עוד בכוונתו שאם עכשיו עשיר ויעני אח"כ לא יהיו קדושין מנלן דאין להוסיף בתנאי מה שאינו מוכרח דאין ספק תנאי מוציא מידי ודאי מעשה.

אמנם עדיין קשה תוספתא ע"מ שיש לי בנים ונולדו אח"כ או להיפך ע"מ שא"ל בנים והיה לו ומתו דלא אמר בלשון שלילה למה א"מ הא אין לה להקפיד אח"כ ונראה לפי המבואר בב"ב דף קמ"ב גר שמת והחזיקו אחרים בנכסיו ושמעו שיש לו בן או שהיתה אשתו מעוברת הייבן להחזיר החזירו כולם ואח"כ שמעו שמת הבן או שהפילה אשתו המחזיק בשניה קנה בראשונה לא קנה משום דמעיקרא רפויי מרפיאין בידייהו ופירשב"ם דלא נתכונו להחזיק לגמרי דהא מספ"ל אם יש לו יורש ושמא לא תפיל עכ"ל וכתבתי לעיל ר"ק כ"ה דדוקא מחמת דנוטה הדבר יותר דיש לו יורש דהא בודאי היה לו יורש ומפילות לא שכיח רוב נשים מתעברות ויולדות לכן באחר תנאי או ספק לא אמרינן דרפיא בידו ולא מתכוין לקנות וא"כ הכא דע"מ שיש לי בנים ולא היה לו הרי ידע שאין לו ורפיא בידו שמא לא יהא לו בנים אף דרוב מתעברות ויולדות הא מחלה נקבות ומיעוט מפילות כדאיתא ביבמות דף קי"ט וכן בע"מ שאין לי בנים והיה לו ומתו אח"כ הרי ידע בשעת התנאי דיש לו וכי אדם יושב ומצפה שימותו ומיתה לא שביח כדאיתא בנדרים דף ס"ד וביו"ד סימן רכ"ח והא דקיים התוספתא זה הכלל כל שמתקיים בשעת קידושין אעפ"י שבטל לאחר מיכן הר"ז מקודשת וכל שאינו מתקיים בשעת קידושין אעפ"י שנתקיים לאח"כ א"מ לא לרבות כל תנאי בא אלא כדאיתא בירושלמי קידושין פ"ג ה"ה לענין קידש לאחר ל"י ונתקדשה לשני תוך ל"י ומת השני תוך למ"ד יום מקודשת לראשון דנתקיים קידושי ראשון בשעת חלות הקידושין ואם מת שני לאחר למ"ד יום כיון שלא נתקיים בשעת חלות קידושי דראשון אינה מקודשת לראשון לכן אמר בירושלמי

בירושלמי הדא דתני ר״ח כל תנאי וכו׳ ומשום דלענ״ד לפרשו על שאר תנאים שלא נזכר בתוספתא דבשו״ר תנאים הדבר שקול ואם הא״כ לא תלאה קפידא מקום מקודשת.

סימן מ״ם

א׳ הזרה בה בשעה״מ פ״ז מה״א ה״י נסתפק אם אמרה שחזרה תוך כ״י בפני עדים אי נאמנת והלאה במחלוקת הסד״ס ודברי ריבות באשה שנתקדשה קידושין גמורים ואח״כ אומרה לבעלה שקודם לכן נתקדשה לאחר אי נאמנת במגו דגרשתני גם תלאה במחלוקת רמב״ן וריטב״א בקידושה ע״ת דשו״ת אי נאמנת לומר שבטלה התנאי עיי״ש ולא נראה לפעמ״ש הרא״ש בפסקיו בשילהי נדרים דהזקה אין אשה מקלקלת את עצמה להיות יושבת באיסור א״א כל ימיה א״כ ה״נ י״ל כן אף דכאן ליכא חזקה דאינה מעיזה בפני בעלה כשאומרת שחזרה שלא בפניו ל״ד לא״א שאומרה גרשני בעלי דבהזקת א״א היא וצריכה שתי חזקות נגד חזקת א״א משא״כ הכא יש לה חזקת פנויה ועכ״פ אין לה חזקת א״א ול״ד לפלוגתא דהסד״ס וד״ל דגם לפי דבריה נתקדשה לאחר אחר שנתקדשה כבר לראשון הרי רלתה לקלקל א״ע לישב באיסור א״א כל ימיה ואדרבה י״ל השתא אמילה גם ל״ד למחלוקת ריטב״א ורמב״ן דהאי תנאי כמו שפרש״י בפרק כל הגט דף כ״ה ע״ב דתנאי שבידו לקיים ודעתו לקיים לא תליא בברירה דמעיקרא עמד להתקיים משא״כ במקדשה לאחר ל״י מתחלה לא החליטו הקידושין דרלונם שיוכלו לחזור ורפיא בידם דאל״ה היה מקדשה לגמרי ומעכשיו עוד כתב בעה״מ׳ דהיא אינו נאמן לומר שחזר בו תוך ל״י במגו דבידו לגרשה לפמ״ש הר״ן דאם חזר בו הוא מחייבת להחזיר לו הקידושין א״כ ליכא מגו דאינו רולה להפסיד מעות קידושין עיי״ש ותמוה דאדרבה כתב הר״ן דאם חזר בו פטורה מלהחזיר הקידושין.

אם נקרע כתב הר״ן בשם רשב״א דאם השטר ש״פ מקודשת דדעתה כמו אכייר כדאמרינן בשטר שנכתב שלא לשמה והקשה אב״מ דהא כתב הר״ן הא דבקדושי׳ כסף מקודשת אף בנתאכלו משום דהכסף יהיב לה מיד ואינו ברשותו לחזור והכסף דאם היה יכול לחזור מנתינת הכסף תוך ל״י אינו רק פקדון ובשנתאכל ה״ל מלוה וא״כ בקידשה בשטר כמי דדעתה כמי אכייר אבל מיהת אסברא כמי דעתה דהא מקדשה בשטר וא״כ קשה מה״כ אי כיון דיהיב לה תיכף את הנייר א״כ אחר שלשים הו ליכא תירת שטר כלל דהא בעינן שיהא הנייר מכל הבטל וכדאיתא פרק ב׳ דגיטין דף כף וכיון דהנייר כבר שלה א״כ לאחר שלשים אינו בתורת שטר כלל דהא בעינן ספר המקנה וליכא כיון דהנייר שלה כבר ואם אינו נותן לה הנייר עד בתר ל״י דלא ה״ל תורת שטר תו ליכא תורת כסף כיון דנתאכל דהא אם אינו נותן לה עכשיו הנייר ה״ל הירת פקדון גבה עד שלשים וכה״ג אפילו בתורת כסף ל״מ לדעת הר״ן עכ״ל וכ״ל דהכא בשמקדשה בכסף לאחר ל״י דלריך שיהא הכסף שלה מיד אמרינן דנותן לה הכסף מיד ואם מקדשה בשטר לאחר ל״י אמרינן דאינו נותן לה השטר שיהא שלה אלא לאחר ל״י והלא זה וזה מקדשה שהם הע״כ דבכדי לא עביד ודעתו שיהא באופן המועיל כדאיתא בחו״מ סימן קל״ה דהתם ק״ק ומעכשיו דבכדי לא עביד ולא חלקו בין ע״ה לבקי בדיני אלא דאמרינן דרולה שיהא באופן המועיל לפי דעת חכז״ל ועיי״ש כה״מ ס״ה בשם הרמב״ן לכן ה״נ אם נקרע תוך ל״י דא״א לחול בתורת שטר אלו הקידושין בתורת כסף דזה אופן המועיל ואזי הכסף שלה למפרע וכיון שעומד להתברר אם יהא הכסף שלה משעה שנותן לה קי״ל דיש ברירה כמ״ש יש״ש בדיני ברירה בב״ק.

ס״ב בא שני וקידשה בפ״ג דקידושין דף כ״ט לא בא שני וחזרה בה מאי כתב הא דלא תבעיה בדידיה דר״ל הוה מודה דדוקא באבה קאמר משום דכתיבת מעות לידה חשוב כמעשה לגבי ליסנא עכ״ל והיכי מובן כלל גם קשה מאי מיתיב ר״י לר״ל משלא גבי ביד שליח דיכול לחזור הא בדידיי גם ר״ל מודה ובק״ל ר״ל דהרא״ש חזר ומ״ש בתשובה דאם הוא חזר ג״כ לריכה להחזיר כסף קידושין לכן בשלמא היא א״י לחזור עד דמחזרת הכסף אבל הוא מה בידו לעשות והוא דחוק מאד ומשוי לרא״ש הדרכא וכ״ל בשלמא לגבי דידה י״ל כתיכת מעות לידה כגומר מעשה אף דמהוסר זמן דתמילא קאתי ובידה שלא להתקדש לאחר וכיון דקבלה מתחלה קידושין ומה הוי כנגמר המעשה מבא״כ לגבי דידיה דאין בידו שלא תקבל היא קידושין מאחר לא חשוב אכלו מעשה אך עדיין קשה כיון דלר״ל כמי הוא יכול לחזור לא יהא גם אכלה מעשה דאין בידה שלא יחזור הוא רק להר״ן י״ל דאין בידו לבטל כתיכת הכסף אפילו יחזור בו כמלא בידה לקיים הכתיכה ומעיקרא בדעתה היה לקיים.

לכן נראה בשלמא היא סמכה דעתה שגומר בלבו ליסאנה מדיהיב לה כסף קידושין דאאת״ל כשחוזר בו לריכה להחזיר מ״מ הא להולאה נתן לה וכל אברחי ספק אתי משא״כ הוא לא סמכא דעתיה דשמא יזדמן לה הגון יותר ותתקדש לו ואין ראיה ממה שקבלה הקידושין ממנו דמה אכפת לה לקבל והבריכה בידה עדיין ומבואר בפא״כ דף ס״ג ע״ב היכא דמוכר א״י אם לוקח סמיך עליו ואין דעתו לחזור לא סמכא דעתיה לכן יכול המוכר לחזור ואין עליו מש״פ על שאינו עומד בדיבורו דעביד עמו מעשה קנין כסף משום דלא סמכא דעתו עיי״ש ואף דהתם כמי הקדים הלוקח מעות למוכר ומפורש שם משום דכן דרך מאן דיהיב זוזי אתרעא הריפא לבי תרי תלתא יהיב לכן אי לא מיתחזי ליה לבי דרי א״ל אמילא דאשכחת פירי דבפירי מדידי ושקלת עיי״ש.

ועוד בשלמא הוא דהתנה שלא תהא מקודשת עד לאחר ל״י הרי מוכח דרולה שיהא בידו לחזור עד ל״י דאל״כ היה מקדשה מעכשיו א״כ הרי מעשה ובודרו עמו משא״כ היא אפשר דגומרת בדעתה שלא לחזור בה וליכא הוכחה שבגבה ג״כ שתחזור אם תרלה לכן לגבה הוי גמר מעשה.

ויל״ע דהרא״ש פרק השוכר את הפועלין ס״ז כתב דכיון דמוכר יכול לחזור גם לוקח יכול לחזור דאין קנין להלאין וכה״ג כתבו תוס׳ בב״מ דף ק״ו בסד״ה ומכיוני וכה״ג כתב בשו״ת רשב״א סימן תתקי״ג כיון דיורש י״ל גוד או אגוד ה״כ לוקח מיורש השני שלא תלקה מדה״ד שתהא יד האחד עדיפא מיד השני הובא בב״י סו״מ סימן קע״א וכ״כ כה״מ בסימן קל״ה ס״ג כיון שלוקח יכול לחזור היכא דכעשה המקח שלא בפניו כן גם מוכר יכול לחזור דאין דמסתמא היה דעת המוכר שבזמן

שיהא הקנין נגמר כנגד הלוקח שלא יהיה יכול לחזור בו באותו זמן יהא נגמר המקח כנגד המוכר ולא מקודם א״כ ה״נ כיון דמודה ר״ל דהוא יכול לחזור למה לא תוכל לחזור גם האשה ואף דאם בא אחר וקידשה מקודשת מ״מ אם לא בא אחר למה לא תוכל לחזור כמו המקדש בשליח להר״ן. דאם הוא חזר אין צריך להחזיר הכסף קידושין יש ליישב קצת דלא נקתה מה״ד כיון דאינו דומה חזרה. שלו דמפסיד לחזרה שלה דא״ל להחזיר לו רק מה שקבלה ממנו ול״ל אומדנא דמקמהא שכתב הה״מ דאפשר מתרצית בזה דידה על עליונה דאם הוא יחזור תרויח כסף הקידושין ולפ״ז י״ל קושית הרא״ש דלא תבעיא אם הוא חזר דזה ודאי כיון דאם בא אחר וקדשה מקודשת ע״כ גם הוא יכול לחזור שלא חלקה מדה״ד שתהא ידה עדיפה מידו משא״כ היא אף אם לא תוכל לחזור רק כשבא אחר וקדשה והוא יכול לחזור מ״מ כיון דמרווחת הכסף קידושין ליכא האומדנא דמקמהא הנ״ל וכמו דאין ידו וכחו לחזור לגמרי רק במקצת ה״נ היא יכולה לחזור במקצת כשיזדמן לה אחר לקדשה ואם לא יזדמן לה אפשר איתתא בכ״ד ניחא לה.

בסעי' ד' אפילו הם נמה על הסדר הזה בהה״מ פ״ז ה״ב מה״א כתב דהרמב״ם חושש לכל השומרות שמא תנאה לבד ושמא חזרה לבד ושמא תרווייהו והב״ח הקשה דא״כ אפילו אחד קידשה מעכשיו ולאחר ט״ו יום לר״י ל״ג ממנו ולא חשש הרמב״ם שמא הלכה כר״י דאינו לא תנאה ולא חזרה אלא ברור ונ״ם הה״מ משום דרב ושמואל רבים כנגד ר״י קשה נימא כמי שמואל ור״י רבים כנגד רב או רב ור״י רבים כנגד שמואל כן הקשה לח״ם ונ״ל כיון דכתב הרמב״ם בהלכה י״ג הא״ל חוץ מפלוני שלא תאסר עליו אלא תהיה א״א לכל העולם ולפלוני כפנויה הר״ז מקודשת מספק ועיי״ש בהה״מ א״כ אין לחוש לדר״י דשמא אינו ברור רק תנאה או חזרה וא״ת״ל דהוי ברור שמא בברור אינה מקודשת ור״י עצמו ס״ל דודאי הוי ברור ומקודשת אבל אנן דקי״ל בברור הוי ספק ועוד ספק אי חשוב ברור אין לחוש בס״ס.

ועוד כיון דהאחרון קידשה לאחר ט״ו יום אפילו ה״ל כר״י דכל חד רווחא שבק מ״מ צריכה גט גם מקמאי כלהר״י דכולן תופסין בה ואם נאמר תנאה הוי רק קידושי קמא קידושין ואם נאמר חזרה שלא יחול רק עד שלשים יום מ״מ קידושי קמא תופסין בה בכלות השלשים אפילו תימא דמאן דקידשה מעכשיו ולאחר ט״ו יום רווחא שבק וקמא נתכוין לחזרה מ״מ מיד אחר שלשים תופס מה שבייר האחרון א״כ קמא ודאי יש לו בה קידושין כולה או מקצתה והאחרון ספק כדידן דחיישינן שמא תנאה או חזרה דאז אינה מקודשת כלל לאחרון א״כ הוי כמו ספק ויבם בכנסי קבא דפרק החולץ דף ל״ח דיבם ודאי וספק כספק ואין ספק מוציא מידי ודאי.

ועוד כיון דפסק הרמב״ם דאם ברור הוי ספק קידושין ובפרק ט״ת מהלכות אישות ה״ט פסק הרמב״ם דלא נהית נפשו לספיקא ומפרשין לשון המקדש באופן שלא יהא ספק וכר׳ יוסי דבפרק ג׳ דקידושין דף כ״ד ע״ב א״כ אין לנו לפרש כונתו דלרווחא שבק והרי יש לפרש כונתו תנאי או חזרה דאין בזה ספק קידושין בשעת קידושין דאם תנאי יחולו הקידושין לאחר ל״י למפרע ואם חזרה יחולו תיכף והשתא ואם ימות תוך ל״י לא יהא קידושין כלל אבל ר׳ יוחנן כיון דס״ל דיכול לפרש והוי קידושין ס״ל שפיר רווחא שבק.

ובזה י״ל מה שהקשה הב״ש סק״ח כיון דלא קי״ל כאביי למה בעי הרמב״ם שיקדשו כולם כסדר זה לשלשים וזה לעשרים וזה לעשרה ימים הא אפילו אם קידשה הראשון מעכשיו ולאחר ל״י והשני מעכשיו ולאחר ט״ו יום נמי צריכה גט משניהם דדלמא לראשון חזרה הוא וא״כ אם נתכוין השני לתנאי תופסין קידושי שני והוא קושיא חזקה ועיין בני אהובה ולפימ״ש כיון דראשון ספק תנאי ספק חזרה אם נתכוין שני בלאחר ט״ו יום לתנאי תהית נפשו לספקא דשמא ראשון לתנאי אם יהיה ולא יחזור עד ל״י מקודשת לראשון דקדמו קידושיו ואם ראשון לחזרה נתכוין מקודשת לשני והא לא תהית איכש נפשו לספקא ע״כ אמרינן שני לחזרה נתכוין דאז בין נתכוין ראשון לתנאי בין לחזרה קדמו קידושיו לשני ואי דא״כ מה נ״מ לשני בלאחר ט״ו יום נ״מ שפיר אם ימות ראשון או יחזור בו תוך ל״י תהא מקודשת לו לאחר ט״ו יום משא״כ אם קידשה שני מעכשיו ולאחר עשרים יום ע״כ לא ימלט שני מספק דבין נתכוין לתנאי בין לחזרה הוי ספק אם יהיה ראשון כל הל״י ולא יחזור בו דשמא ראשון לתנאי נתכוין ולאחר ל״י מקודשת לראשון למפרע ולא לשני ואם נתכוין ראשון לחזרה מקודשת לשני דקדמו קידושיו בין נתכוין שני לחזרה בין לתנאי נתכוין.

והנה אביי אמר בש״ס דאין משמעות הלשון לרב משמע תנאי ומשמע חזרה אלא אי תנאה הוא אין משמע הלשון רק תנאי ואי חזרה הוי אין משמעות הלשון רק חזרה ול״ל חד נתכוין לתנאי וחד לחזרה ותמה הח״ש והב״ח כיון דלית מאן דפליג על אביי למה לא פסק הרמב״ם כוותיה ונראה דבאמת קשה הדבר מאד כיון דלרב ורבנן מספ״ל איך משמעות הלשון למה לא נימא דיש במשמעות כך וכך וי״ל אחד נתכוין לתנאי ואחד לחזרה ומאי הכריחו לאביי שלא לומר כן ונראה משום דקשה איך פסקה תנא למלתא דמקודשה וא״ת משום ספק תנאי ספק חזרה נשייליה למקדש איך כוונתו דהא אביי ס״ל בפרק האומר דף ס״ו דא״ל ע״א אשתך זינתה והלה שותק נאמן אף דהוה דבר שבערוה ודעת הרמב״ם וכמה רבוותא אפי׳ אין העד אומר לבעל אתה ידעת וליכא כגל״ד וכדמוכח מההוא עובדא דינאי מלכא וכמ״ש הש״ך ביו״ד סימן קכ״ז סק״ז אליבא דאביי גם בדבר שבערוה ולרבא כן בשאר איסורים לכן הכריח אביי דאין במשמעות הלשון אלא או תנאי לכ״ע או חזרה לכ״ע וחכמים לא הכריעו וכתב בתה״ך לא שידלו חכמים לסוף דעתן של בריות שאינו אומר כך אלא או כולן משום תנאי או כולן משום חזרה אלא שהחכמים יסתפק להן משמעות הלשון האיך והלכך אעפ״י שזה אומר לכך נתכוונתי וזה אומר בהפך זה נתכוונתי אנו אין לנו אלא לדקדק עיקר משמעות הלשון ודינו שכוונת המקדש אינה נשמעת לעדים ואין כאן עדים אלא מעיקר הלשון ומשמעותו עכ״ל וא״כ ב״ז אם אין במשמע הלשון לעולם רק תנאי או רק חזרה אבל אם משמע תנאי ומשמע חזרה נאמן המקדש איך נתכוין לאביי וא״כ לרבא דקי״ל כוותיה בדבר שבערוה אין ע״א נאמן אפילו אין אחר מכחישו ליכא שום הכרח לסברת אביי וגם יותר מסתבר לומר כיון דמספ״ל לרב ורבנן משמע הכי ומשמע הכי ואף דהמקדש נוגע ע״ז הא כתבו תוספת בריש גיטין דף ב׳ ע״ב בד״ה ע״א דילפינן ע״א נאמן באיסורין מנדה דכתיב וספרה לה ורמב״ן שם כתב דאין ראיה מנדה דמתוך שהאמינה לעצמה נאמנת גם לבעלה וא״כ לאביי דגם דסב״ע היכא דשכנגדו שותק נאמן ע״א כמו באיסורין

באיסורין ה"נ בנוגע. ואדרבה עדיף מתוך שנאמן לעצמו להתירה לו או להתיר קרובותיה אלא דקשה הא בקידושין דף ס"ג ע"ב באמר האב קידשתי את בתי וא"י למי ובא אחד ואמר אני קדשתיה נאמן אמר רב נאמן ליתן גט וא"כ לכנוס אימר ילכו תקפו וגם ר"א דס"ל דנאמן לכנוס משום דמרתת שיכחישו האב אמנם זה קשה נמי על הרשב"א שהבאתי דכתב דאין המוקדש נאמן לומר לכך נתכונתי משום דאין לנו רק משמעות הלשון והא בלא"ה אינו נאמן לומר נתכונתי לתנאי אימר ילכו תקפו וגם לומר שלאזרה נתכוין אימור רוצה שלא יתסר בקרובתיה ול"ל כמ"ש הרשב"א בהא דאם אומרת נתקדשתי וא"י למי דמודה ר"א דא"כ דלא מרתה משום דתתפה עליו דה"ד לכתחלה אבל אם כנסה אין מוציאין אותה מידו דהא אין כאן מי שמכחישו עיי"ש בדף ס"ג ע"ב וא"כ גם רב דאמר אימר ילכו תקפו רק לכתחלה א"כ לכנוס וא"כ הכא דתנן מקודשת וא"ת דאפילו בדיעבד היא לכל חד ספק א"א הוצרך הרשב"א לומר משום דאין לנו רק משמעות הלשון א"כ ה"נ לדידי י"ל דרמב"ם ס"ל דלאביי י"ל אי היה משמע כך ומשמע כך לא היתה ספק מקודשת בדיעבד כשאומר לכך נתכונתי אבל לרבא אינו נאמן בדבר שבערוה ועוד יש לחלק הא דאמר רב התם אימר ילכו תקפו משום דאיכא ריעותא דאין האב מכירו ואח"כ מצאתי במקנה שם שהוכיח ג"כ דרק לכתחלה חיים אימר ילכו תקפו דמדינא אין לחוש דילפינן מוספרה לה דכדה וגם כתב דהתם משום הריעותא דאין האב מכירו.

ובירושלמי הא דקדשתי את בתי וא"י למי ובא אחד ואמר אני קדשתיה נאמן אמר נאמן לכנוס ובממון אינו כן דאם אמר מכרתי אחת משדותי וא"י למי ובא אדם ואמר אני לקחתיה אינו נאמן עיי"ש הרי דלענין דבר שבערוה קיל מממון והדבר מוכרח דהא באבדה אין מחזירין בלא סימנין הרי גם בלא הכחשה אין נוגע נאמן ולאביי דס"ל ע"א נאמן בדבר שבערוה כשאין בע"ד מכחישו דקיל מממון ה"נ א"ש ולרבא צ"ל משום עגונא הקילו כמ"ש בק"ע שם והנה רב ס"ל דאינו נאמן לכנוס כמו בממון ורב אסי ס"ל דנאמן לכנוס וקי"ל כרב אסי וא"כ ה"נ לרב א"ש למה אין המקדש נאמן שנתכוין לתנאי אף דכיון דיש במשמע לשונו תנאי וחזרה משום דנוגע אבל לרב אסי דגם נוגע נאמן אף דבממון לא שמעינן אסברא דלא אליף דמרתת שמא יכחישו האב וגם בהיא אומרת נתקדשתי דאינו נאמן הוא רק לכתחלה והכא אפילו בדיעבד. עכצ"ל דאין במשמעות רק או תנאי לכ"ע או חזרה לכ"ע ובזה א"ש דאמר אביי ולטעמיה דרב ולא אמר לרב אלא משום דלרב אין הכרה ויותר מסתבר לומר דיש במשמע תנאי ויש במשמע חזרה ואחד אומר לתנאי ואחד לחזרה וכ"כ מהרי"ט דיותר מסתבר לומר כן אלא לטעמיה דרב דמספק"ל אי תנאי או חזרה ולדידן דגם נוגע נאמן עכצ"ל דא"א לומר תרוייהו במשמע כללו של דבר דלרבא דדבר שבערוה אף כשאין בע"ד מכחישו להעד אין העד נאמן דילפינן דבר דבר מממון ולא ילפינן מוספרה לה א"כ כמו בממון לא שמעינן אטעמא דלא אליף הכ"ל ה"נ באומר אני קדשתיה דמדינא אינו נאמן ול"ל טעמא דרב אסי דנאמן משום דמרתת הקילו רבנן שלא תתעגן משא"כ לאביי מדינא נאמן דלא ילפינן מממון כשליכא הכחשה וגם נוגע נאמן כמו בכה הא דצריך באני קדשתיה לטעמא דלא אליף הוא רק לענין שלא נתיר לכתחלה ולשיטת אביי מוכרח לומר דאין במשמעות הלשון תנאי וחזרה מדלא מהימן אבל לדידן דקי"ל כרבא אינו מוכרח ואדרבה יותר מסתבר דתרוייהו במשמע ולהכי השמיט הרי"ף להא דאביי.

ס"ה לאחר שימות בעלך כתב הנ"ח אם אחד קדשה לאחר ל' ובא השני וקדשה תוך שלשים לאחר שימות בעלה מקודשת מאחר שבידו לקדשה מעכשיו והובא בחמ"ח וב"ש והשיגו דרישא אי דהא אמרינן בגמרא האי דנותן פרוטה לאשתו וא"ל הא"ל לאחר שאגרשיך א"נ משום דאין בידו לקדשה לאחר שיגרשה שמא לא תתרצה וה"נ שמא אין רצונה להפקיע עצמה מראשון ולא תתרצה להתקדש לו עכשיו ואין בידו את"ד ולא דק דה"נ בלאחר שתחלוץ דמבואר ביבמות דף ל"ב וכאן דלמ"ד דקידושין תופסין ביבמה מקודשת כיון נמי שמא לא תתרצה להתקדש לו מעכשיו וקשיא הכי הוא דאם תתקדש אסורה לו משום זיקת יבמה וליבמה אסורה משום קידושין וגם שמא ליבא לה יותר ביבמה ועומדת ומלפה שמא ירצה לייבמה אע"כ היכא דתפסי בה קידושין עכשיו לא חשיבה דשלב"ל מחשש שמא לא תתרצה רק היכא דאינה ראויה עכשיו והוי דשלב"ל רק בזה לומר כל בידו לאו מחוסר מעשה בזה אמרינן כיון דאפשר לא תתרצה בו אין בידו.

ולכאורה מוכח מירושלמי דלא כהנ"ח דירושלמי מסיק בפרק האומר הלכה ה' באומר לפנוים האומר בפנויה זו שתתקדשי לי לאחר שתתקדש לפלוני ויגרשך דאינה מקודשת כמו באמר על נטיעותיו הרי הן הקדש עד שיקצצו ופדאן אחר ואח"כ קנה בעל הנטיעות ממנו דאינן הקדש כיון דיצאו לרשות אחר בנתיים ורמב"ם בהלכות מכירה ספ"ד פסק דפדאן אחרים אינן הקדש אמנם ע"כ לא קי"ל כירושלמי זה דהרי בנדרים דף פ"ו איתא האומר שדה זו שאני מוכר לך לכשאקחנה ממך תקדש דקדשה ומינה הוכיח הרשב"א לענין בעיא דר"א במקדש בשתי פרוטות דמקודשת וכן בנטיעות אם פירש שאחר שיפדנה אחר תקדש הוי הקדש ה"נ כשאומר לפנויה לאחר שתתקדש לאחר ויגרשך תהא מקודשת לי מקודשת כיון דראויה עכשיו להתקדש ומה דכתב הר"ן בפ' האומר ובנדרים דף למ"ד לדחות דבעיא דר"א שאני כיון דמקדשה עכשיו שני הקידושין בבת אחת לא שייך הכא.

אמנם בשו"ת הרשב"א סימן תש"ו נתקשה דהיך אמר ר' ירמיה בפדאום אחרים וחזר ולקחם אינן הקדש והוא עצמו ס"ל בנדרים שם ובכתובות דף נ"ח ע"ב האומר שדה זו שאני מוכר לך לכשאקחנה ממך תקדש דקדשה ולמה בפדאן אחרים לא קדוש וגם בבעיא דר"א למה אינה מקודשת ועוד אם בפדאום אחרים לא קדשי ואשה כפדאום אחרים דמי כדאמר ר' ירמיה תפשוט בעיא דר"א דאינה מקודשת ונדחק מאד הרשב"א שם ובנדרים דף נ"ד ולולא דבריו נ"ל דהנה בפ"ק דב"מ דף ע"ז אמר רבא בשדה זו דלא סמכא דעתיה לא קנה ובשדה סתם קנה ופרש"י דמקבל לא סמכה דעתיה בשדה זו מי יימר דימכרנו לו ובשדה סתם מלויות הרבה ליקח ונמ"י פרק א"כ דף ס"ו ע"ב כתב בדשלב"ל יכול לחזור בו משום דלא סמכא דעתיה דמוכר ומינה למד בא"ה פ' תולדות דטעמא דהא"נ דשלב"ל מטעם דלא סמכא דעתיה והובא בשו"ת רא"ם סימן ל"ג ס"ק כ"ו וסימן נ"ז סק"ב אמנם חזינן דלדידן דקי"ל גם בשדה סתם לא קנה והרי בזה סמכה דעתיה ע"כ יש עוד טעם בדשלב"ל

בדשלב"ל ובדבר שא"ב משום דהשתא אין ראוי להקנות לה אב"ל עלה קנין ועכ"פ גם סברא דלא סמכא דעתיה אמה וא"כ באומר שדה זו שאני מוכר לך לשאקחנה ממך תקדש נהי דראוי להקדישה עכשיו עדיין כיומא כיון דאין בידו שיחזיר לוקח וימכרנה לו לא סמכה דעתיה ונהי דלגבי הקדש י"ל לומר דלא סמכא דעתיה דגביה דכלפי שמיא גליא מ"מ לא סמכא דעתיה דמקדיש דמסופק אם יוכל ליקחנה ולא גמר ומקנה וצ"ל במקדיש לא אכפת לן במה דלא סמכה דעתיה דהא חזינן באסמכתא דכתב הרמב"ם בפ"א דמכירה הטעם דספק לו לא גמר ומקנה מ"מ בהקדש ליכא דין אסמכתא ומבואר בשו"ת מיימוני לספר הפלאה סי' ה אף דלא נתכוין בלבו להקדיש דסבור היה שלא יבא לידי כך מ"מ בהקדש אזלינן בתר דברי פיו ודברים שבלב אינן דברים וכן נראה דהא מה דבהקדש ליכא אסמכתא ילפינן מאם יהיה אלהים עמדי והרבה פוסקים כמבואר שם וכל אלו נדר והקדיש בפירוש בפיו לכן באמר שדה זו שאני מוכר לך לשאקחנה ממך תקדש מהני דבהקדש לא אכפת לו מה דבלבו לא סמכה דעתו ולא גמר והקדיש אבל בנטיעות דאמר שיהיו הקדש עד שיפדו לא אמר בפירוש גם כשיפדם אחר ויבאו אח"כ לרשותו יקדשו אלא דאמדינן דעתיה להכי וכיון שאין בידו ולא סמכא דעתו לא גמר בלבו ואדרבה כיון דלא סמכה דעתו ליכא אומדנא דגם בכה"ג הקדיש לכן ק"ל לר' ירמיה בפדאום אחרים אינן הקדש ובבעיא דר"א אף שפירש בפיו דתתקדש לו אחר שיגרשה מ"מ כיון דאין בידו שתתרצה לו ואין בידה שיתרצה לה אח"כ כדאיתא בקידושין פרק האומר דף ס"ב ע"ב נהי דראויה עכשיו להתקדש מ"מ לא סמכא דעתייהו ור' יצחק דאמר תפשוט בעיא דר"א מנטיעות משום דס"ד גם בפדאום אחרים הוזרת וקדושות וכיון שלא פירש בפיו להדיא גם בהקדש י"ל דלא סמכה דעתיה ולא גמר והקדיש דאין לנו לימוד בהקדש דלא משגיחינן בהא דלא גמר ומקדיש בלבו רק היכא דפירש להדיא ועוד אם כיומא בקידושין דלא סמכו דעתייהו הה"ל בנטיעות דלא נתכוין כלל להקדיש על אופן זה דפדאן אחרים ומה דלא פשוט ר' ירמיה בעיא דר"א מהא דפדאן אחר דאינן קדושות ה"נ כיומא בקידושין אינה מקודשת משום דיש"ל כיון דפירש בפיו אפשר גם בקידושין דברים שבלב לא הוי דברים בכה"ג דהא כתבו תוס' בב"מ דף ק"ו ע"ב גבי מטלטלים שטרו דרק מדרבנן אמרו משום דהוי אסמכתא ואינו כותן בכל לבו לא קנה וכן כתב במרדכי בב"ק בשם ר"י דאסמכתא דלא קנה הוא רק מדרבנן לכן בהקדש ליכא דין אסמכתא א"כ י"ל בקידושין נמי לא אכפת באסמכתא ורק בממון הפקר ב"ד הפקר ולא רצו חכז"ל לאפוקי מהמתחייב באסמכתא ועוד כיון דבבת אחת קידשה בשתי פרוטות ואמר לה באחת התקדש עכשיו ובאחת התקדש לאחר שיגרשה י"ל כמו דגמר ומקדש קידושין של עכשיו ה"נ קידושין שנים וכה"ג כתב בשו"ת הרשב"א ח"ג סימן ס"ג וגם במקנה דשב"ל עם דשלב"ל י"א דקנה תרווייהו כדאיתא בחו"מ סי' ר"ג בהג"ה ועיין מהרש"א בפ"ק דב"מ שם בד"ה בהיא.

ובכן שכן אין קושיא להירושלמי מגמרא דילן דס"ל באומר שדה זו שאני מוכר לך לכשאקחנה ממך הקדש דקדיש דמ"מ י"ל באומר לפנויה הרי ליך פרוטה והתקדש לי אחר שיגרשך בעלך דאינה מקודשת כדאמר בירושלמי.

ס"ז תהיה ספק מקודשת כתב בעל"מ אם אמר תשלה המא"ל מעכשיו ולאחר שאקדשך ואגרשך ואח"כ קדשה סתם אין יכולים לחזור אחר הגירושין כיון שקדשה תחלה מעכשיו ולאחר שיגרשנה אם יגרשנה חיילי הקידושין למפרע וא"י לחזור עכ"ל וליתא דהא מבואר בפנ"י בדף ס"ב ע"ב דעכ"ל לאחר שאגרשך והתרצי אח"כ להתקדש לי הוא דקאמר דאל"כ אין כאן גירושין כלל שהרי לא התירה לשום אדם ולא מיקרי ספר כריתות והרי כותב הרי את מותרת לכ"א וכן נראה להדיא מלשון הרשב"א במסכת נדרים דף לנ"ד אה"ד.

ס"ח אם תלד אשתך נקבה במרדכי פ"ג סימן תקע"ה הא דאמרינן א"א מקנה דשלב"ל או לדבר שלב"ל היינו במעכשיו עיי"ש והובא בחו"מ סי' רי"ט ס"ד בהג"ה והקשה עליו במרדכי שם ומב"ב קכ"ז ע"ב דפריך יכיר למ"ל הא אי בעי יכול ליתן לו במתנה ומשני דכ"מ לנכסים שנפלו לו אח"כ והא עדיין יכול ליתן במתנה שיהיו שלו לאחר שיבא לידו עיי"ש וי"ל כיון דאין הנכסים עכשיו בידו וא"י איזה יבא לידו א"א ליתן במסירה וחזקה רק בק"ס דהדרא למריה ועי"כ צריך ליתן במעכשיו ואם זכה בק"ס ויאמר הסודר אצלו הרי שמא תאבד אח"כ ועוד אין זה מגו דהא רוצה ליתן בחנם לנכרי ולא במחיר ומה שהקשה עוד שם מפרק מי שמת דהמזכה לעובר ל"ק ופריך אף ר"מ לא אמר לדשלב"ל ואמאי לא מוקים דאמר לכשיולד עיי"ש י"ל נמי דהא העובר א"י למשוך ולהחזיק ועי"י אחר אין לו שליחות ועפ"י בקידושין פ' האומר דף ס"ב.

עוד הקשה מפרק האומר משקלי עלי אהא דקתני המשכיר בית לחברו ונתגנב דאמר לכשיצא שכרו יקדש דלרבנן ל"מ דא"א מקנה דשלב"ל והרי אמר לכשיצא שכרו עיי"ש אפשר לומר כפי מה דאיתא בנדרים דף כ"ט ע"ב בהקדש אף אם אומר שיהא הקדש ולאחר ל' הוי כאומר מעכשיו ולאחר ל' עיי"ש בר"ן וא"כ י"ל דאין חילוק בין אם למעליותא דהקדש שלא יוכל לחזור בין אם הוא לגריעותא כגון דא בדשלב"ל לעולם הוי כמעכשיו.

ובמקנה בפרק האומר שם הקשה מלאחר שאתגייר ואיך דאומר לאחר שאתגייר ומ"מ לרבנן א"מ ונראה דאיתא בבכורות דף מ"ט בפודה בנו תוך ל' לרב בנו פדוי אפילו נתאכלו המעות כמו במקדש לאחר ל' ולשמואל אין בנו פדוי כיון דאין ראוי לפדות מעכשיו ל"ד למקדש דראוי לקדש מעכשיו וי"ל דל"ד למלוה ופקדון כיון דניתנו לקידושין עיי"ש והנה לרב י"ל לשיטתו אזיל דס"ל אדם מקנה דשלב"ל ואנן קי"ל התם כשמואל לכן י"ל לרבנן בלאחר שאתגייר דאין ראוי לקדש עכשיו אפילו לא נתאכלו המעות הוי אח"כ בטלי קידושיך מעג"ק ולא מהני לדעת כ"ע ואף דכתב מהרי"ל בתשובה סימן ע"ד דבפקדון כיון שבא מידו לידה ל"ה בטלי מעג"ק הא טעמא צריך וביארו בהת"ם חאה"ע סימן פ"ב כיון דנתן לה לשמור נעשה ידה כידו וכשמקדשה בו אח"כ סילק ידו ממנה הוי כנתן לה עכשיו לקידושין עיי"ש משא"כ הכא ל"מ בלאחר שאתגייר או תתגיירו דאין דין שומרים בעכו"ם אלא גם בלאחר שימות בעלך לא נעשית שומר דלא נתן לה לשם פקדון לשמור ולהחזיר לו אלא לשם קידושין ולהוציאה רק מדינא אין ראוי שיהיה לקידושין דהוי דשלב"ל א"כ אינה שומר ומו אפילו כשאר הקידושין בעין בידה עד זמן שראוי לקידושין הוי כבלי מעג"ק ועיין בפרק אים מקדש גבי היתה אוכלת ראשונה דבאמר לה התמ"ל לאחר ל' בידה להוציאם א"כ

א"כ ה"נ בלאחר שיהוות בעליך נהי דכאן לא מהני הקידושין מ"מ הוא להוציאה כתכן לא לשומכן ועיין ריי"ף בפרק הזהב היכא דנתן דמי זביכא ולא משך דהוה מוכר לוה על המעות והייב באונסין כיון דנתן הלוקח בעד המקח לא ע"ד להחזיכן למעות לו אף דמעות אינן קונות מ"מ הלוקח נתכן ע"ד להוציאן ואפשר גם בלא טענת דהוה כטלי קידושין ומענ"ק לא מהני דהוה מלוה אפילו עומדין בעין אלא דבבכורות דף מ"ט מבואר בפודה תוך ל"י ואמר לאחר ל"י והתנהו למעות. ודאי בנו פדוי הרי דלא חשוב מלוה כשישכס למעות בעין דא"כ כמו דמקדש ולוקח במלוה לא מהני ה"נ פדיון אמנם מה שכתבתי דאינה חייבת בשמירה כיתן לאמר ואח"כ מצאתי במהרי"ט שעל הרי"ף אהא דבלאחר ל"י דלא לפקדון דמי כיון דבתורת קידושין יהיב לה פטורה אף משפטה דלא קבילת עלה שמירה של כלום כדאמרינן בפ"ק גבי לפיתא דאשה דכי יהבינהו לה בתורת קידושין איכא למימר דחשדינהו שלא נתחייבה בשמירתה והובא בריטב"א פ"ב.

אך מ"ם משום דבהקדש הוי כמעכשיו יש לדחות דאמרינן בפ"ק דקידושין דלא יהא כח הדיו"ט חמור מהקדש וכ"ע.

והנה בתוספת פ"ב דף קל"א הביאו מרשב"ם גבי כתובה בנין דכרין דירתון מהני כיון דהוי הם בעולם וכ"כ המרדכי שם והקשו תוספת ומרדכי הא אמרינן בפמ"ש דף קמ"א במזכה לעובר דלדבר שלב"ל לא קנה אף כשאמר לכשתלד וגם ביכיר דפריך יכיר למ"ל ת"ל דאי בעי ליתן במתנה ומשני בנכסים דלית לו והא יכול ליתן ולומר כשיבואו שנכסים לעולם ובערכין בפרק האומר משקלי עלי אמר דהאומר לכשיבא שכרו יקדש אינו קדוש לרבנן וגם קשה מכתובות דף כ"ט באומר שדה זו שמכרתי לך לכשאקחנה ממך תקדש אינו קדוש דהוי דשלב"ל ובתרומות בר"פ האומר אם אמר ערוגה זו לכשתביא שלים ויתלש יהא תרומה לא אמר כלום וכבר עמדו בזה האחרונים עיין מקנה בפרק האומר שם וכ"נ לפיר"ם לעיל דבדשלב"ל יש שתי ריעותות אחת כיון שאינו יכול לחול הקנין או ההקדש עכשיו תו לא מלי חייל וק"ל לרשב"ם דלזה יועיל אם אמר שיחול כשיבא לעולם או לרשותו דהא אז יכול לחול ועוד יש ריעותא כיון שאינו בעולם עכשיו או אינו ברשותו לא סמכה דעתו ולא גמר והקנה ועיין כמ"י פרק איזהו נשך גבי מוכר פירות דקל אך י"ל דהוה דברים שבלב דלא מוכחי כולא האי ואינן דברים וכמ"ש כה"ג הרא"ם בנדרים דף כ"ח בפירושו אהא דכנעיות הללו א"ל יקלטו יהיו הקדש ובשו"ת מיימוני לספר הפלאה סי"ה דנ"כ מחשבו לדברים שבלב כה"ג אך לרשב"ם וסייעתיה י"ל דדוקא בכתובת בנין דכרין דהאשה ואביה המותכין כדוכיא מתכין עמו הכי ועל דעתם מחייב עלמו דבנין דכרין יתחון כתובתה וע"ד כן נשאת לו בזה ל"מ דברים שבלב אם ליכא אומדנא דמוכח טובא ועיין בחו"מ סימן ר"ז ס"ד בהג"ה דבמכר ל"מ דברים שבלב רק כשיש אומדנא דמוכח אבל במתנה א"ל אומדנא במוכח ועיין בשו"ת מים עמוקים סימן כ"ט חולק ג"כ בין מתנה כנגד חברו ומחמת תועלת שעשה לו חברו עד"ז דאזי דוקא באומדנא דמוכח טובא מהני דברים שבלב עיי"ם לכן ס"ל לרשב"ם ולאותה דעה שבמרדכי דבכתובת בנין דכרין ובמכר הגי למכור שיחול המכירה לכשיבא לעולם דאז יכול לחול ואי דבלבו לא גמר ומקנה בשעת אמירתו לא משגיחינן בדברים שבלבו כל שלא פירש אבל במתנה ובהקדש דהוי כמתנה ובהקדש עדיף דבשלמא כנגד חברו ל"מ דברי לבו כל שאינו אומדנא דמוכח טובא דחברו א"י כוונתו משא"כ בהקדש כלפי שמיא גליא לכן לא מועיל גם כשאומר שיחול לכשיבא לעולם ומיושב בזה כל הקושיות שעל רשב"ם דמזכה לעובר הוא רק מתנה וכן בהקדש ובתרומה ואינו כנגד חברו כלל ולא כ"מ לכהנים אם ערוגה זו תהא תרומה או אחרת סוף סוף יתרם ממקום אחר ועיין תוספת פרק נערה דף מ"ז ע"ב בד"ה שלא כתב שכתבו דהואיל ואינו תלוי אלא בנותן יש לנו ללכת אחר דעתו וכו' וביאור הגר"א בחו"מ סימן ר"ז הביא ראיה וזה לדעת האומרים דבמתנה דברים שבלב הויין דברים עיי"ם וזה דלא כהריב"ם שבהג"ה יו"ד סימן ר"ח ס"א.

ובמרדכי שם ז"ל קבלתי ממורי הר"י ממגנצא באמר נכסי לבתא ואחריה לירתי ויש לו אז בת ואח"כ נולד לו בנים דאין לבנים כלום דא"א מקנה דשלב"ל ואי דנתי לפני ירותי זהא דאמרינן א"א מקנה דשלב"ל היינו היכא דמזכה מעכשיו והשתא .לאו בר זכיה אבל היכא דאמר ואחריה לירתי דמשמע אותם יורשים שיהיו אז יזכו לא ועיי"ם ותירולי לא מעלה ארוכה לזה דמיירי ג"כ במתנה ולא במכר אך י"ל כיון דיכול לחול כשיבא לעולם רק הריעותא דלא גמר ומקנה בלבו דמהני במתנה אבל כאן דבזה נעקור נחלה דאורייתא שהוא לבנים וישארו נכסיו לבתו בזה לא אזלינן בתר אומדנא עד שיפרש לסדיא דנותן במתנה לבת ולא לבניו וכמ"ם הסמ"ע בסימן רמ"ז סק"ד ובמק"א הבאתי ראיה לדבריו.

אלא דל"ע דברי הר"י מורו ודברי תלמידו מה ענייכו למקנה דשלב"ל או לדבר שלב"ל הא לא נתן לבתא רק עד שתחיי ואחריה ליורשיו וכיון דמתה הבתא ופסק מתנתה נופל ממילא לפני היורשים שימלאו אחר מות הנותן ודברי מורו הר"י אפשר ליישב דה"ק כיון דא"א מקנה דשלב"ל וכן לדבר שלא ב"ל ומשום דלא סמכה דעתו דאינו יודע אם יבא לעולם ממילא י"ל כאן דדעתו היה לירתי רק על הבת שהיתה בעולם וזכתה במתנה ולא בירושה ועיין כה"מ סימן רמ"ח ס"ז סקי"ב ול"ל כיון דבהרם לירתי כונתו למתנה ולא לירושה כמו נכסיי לבתא דהוה מתנה לכן דנו משום דאין אדם מקנה לדשלב"ל וממילא זכתה הבת במתנה ולא נפול לפני הבנים בירושה ומ"מ א"ם דברי התלמיד נמי דלא אזיל בתר אומדנא דלא גמר ומקנה בלבו דא"כ תזכה הבת ונעקר נחלה דאורייתא של הבנים אבל כשזוכין הבנים אפילו תימא דזוכין במתנה מ"מ לא נעקר הנחלה ממן לאחר.

סימן מ"א

ס"ב עשתה אחת ומן שליה כתב מקנה בקו"א אם האחיות עשאו אותה שליה בשתם לקדשה לאיזה אדם שתרצה בודאי אמרינן משתמא נתכונה על עלמה דהוא מלוה דרמיא עליה וכן בנשים נכריות שעשאו שליה לקדשן לגבי שתרצה והוא אומר אחת מכם תתקדש לי י"ל כיון דלא אמרו מאיש פלוני מסתמא נתכונה על עצמה ול"ע שלא הזכירו הפוסקים וזה עכ"ל ולי נראה דאינו מוכרח דאפשר לדידה לא ניחא לה בזה להתקדש לו ולא מבעיא אם הפל ממנה אלא אפילו חשוב ממנה כדאיתא בפי האיש מקדש דף מ"ט דמשאלא דרב מכרעאי לא בעינא אבל המשלחות גילו דעתן דבכל דהו ניחא להו

ומאמרו

ומאמרו שתקדשן לגי שתרלה אבל אב שקיבל קידושין בעד אחת מבנותיו י"ל דלא שניק מלוה דרמיא עליו דמסתמא בנותיו שוין אללו ורולה בטובתן בשוה.

ס"ג וי"א שאף נכריות א"נ משום דהוי קאו"ח כדאית' בקידושין דף כ"ח והקשו האחרונים הא קי"ל כר"י דקאו"ח קנה מחלה ובב"ב דף קמ"ג פליגי רה"מ ור"י ור"ש וקי"ל כרה"מ דלא קנה כלום ור"י ס"ל דקנה מחלה ור"ש דס"ל דקנה כולו ומייתי ר"ש. ראיה לדבריו מדתניא אין לך מר בקיסות אלא פניני שבי לפיכך כשפוא תורס מוסיף על החילון שבו ותורם אמאי את וחמור הוא ונתקשו דלר"י דקנה מחלה נמי א"ש ונדחקו כפ"ל ומהרס"א עוד שם מתיב מהא דקידש המב כסים והא את וחמור הוא ופירשב"ס אמאי נכריות מקודשת אלא ש"מ כר"ש דקנה הכל וב"ב תמוה הא לר"י נמי א"ש וב"ל דהכא פירשב"ס בטעמא דרה"מ דל"ק כלום דכיון דבקנין אחד שיתוף שניהם לא נגמרה בדעתו להקנות לזה בלא זה כלום. ור"ש דאמר קנה הכל אדם יודע שאין חמור קונה וגמר בדעתו שמי שיכול לקנות יקנה ויש להבין מ"ע דר"י הא בנדרים דף כ"ה ודף ס"ו איתא דנדר שהותר מקלתו הותר כולו ופירש הרא"ש דלא נדר אלא אם יתקיים כולו ולמה לא נימא גם כאן הכי ונראה כמ"ש בחידושי רמב"ן בפ"כ דף קכ"ו דכי גמרינן מתנאי ב"ג ה"מ תנאי שבין אדם לחבירו אבל תנאי שבינו לבין עלמו בכל ענין הוי תנאי עיי"ש הרי בינו לבין חבירו כל שלא פירש יפה התנאי אינו מבטל המתנה אף דיש-אומדן דעת שלא גמר ליתן רק על תנאי זה וכה"ג כתב כה"מ בסימן פ"ה דבדברים שבלב לא מבטלינן קנין ברור וא"כ ה"נ כמי דלא גמר להקנות לזה בלא זה והוי כתנאי מ"מ כל שלא פירש להדיא לא מבטלינן-קנין ברור דכנגד חבירו לריך לפרש שגם חברו ישמע התנאי להדיא ומש"ה בנדר שפיר אמרינן דלא נדר אלא אם יתקיים כולו ולכן בהא דתרומה דג"כ הוי בינו לבין עלמו רק כנדר דלא כ"מ לבעלים דעכ"פ לריך לתרום וגם הוא ממון שאין לו תובעים לכן לר"י נמי הנ"ל דלא חל התרומה כלל לכן מייתי ר"ש ראיה דמעיקרא דעתו היה שמי שיוכל לקנות יקנה כולו דאדם יודע שאין חמור קונה ול"ד לנדר שהותר מקלתו דבטעות היה אך כל זה שחלקנו בין אם הוא בין אדם לחבירו או בינו לבין עלמו יתכן במתנה דמקבל ודאי לא קפיד שלא יקנה רק אם גם החמור יקנה אבל בקידושין כמו דמקדש לא קידש רק אדעתא שיקנה כולן ה"נ הנשים לא קידשו עלמן רק אם יתקדשו כולן וליכא למימר דלא אזלינן בתר דברים שבלבו דכמו שבלבו כן הוא בלבן ולכן גם לר"י ע"כ או דלא נתקדשו כולן או דנתקדשו כולן והאחיות אי אפשר שיתקדשו וע"כ ל"ל כר"ש דזה שיכול לקנות יקנה הכל ובפרק הא"ם מקדם דפריך הא את וחמור הוא משום דלא קי"ל כר"ב ובהא מודה ר"י דכולן אינן מקודשת דכיון דמקדש ומתקדשות לא נגמרה דעתן רק על אופן שיתקדשו כולן הוי כתנאי שבינו לבין עלמו לבד דאין עיכוב מאחד לשכנגדו.

עוי"ל דהוי ספק אם לא רלה להקנות רק אם גם החמור יקנה ואין ספק תנאי מוליא מידי ודאי מעשה עתנה וכמ"ש הרשב"א בתשובה והמל"מ פ"א מטוען ועמ"ש לעיל סימן כ"ט ס"ז דספק תנאי אינו מוליא מידי ודאי מכר או מתנה אף דיש חזקת מרס קמא כדמוכח בהמל"מ שם בד"ה ובחזור אך בקידש חמשתן ואחת קבלה בשביל כולן כמו כן יש ספק שמא הנשים לא רלו להתקדש רק אם יהיו כולן מקודשת א"כ הוי ס"ת ספק המקדש לא רלה רק באופן שיתקדשו כולן ואת"ל דלא קפיד שמא הנשים לא רלו דהא תליא בו ובה וק"ק כודאי הוא מיהו לפי מ"ש לעיל סימן כ"ט שם דאם המוכר או הנותן מחזק אין מוליאין מידו אפילו קרקע וע"כ גם המל"מ מודה לזה כדמוכח מדבריו שם ומדברי הרשב"א ל"ל הבא ה"ע דהא הנותן מוחזק איברא דמתשובת הרא"ש כלל מ"ה סכ"ד לא משמע הכי דז"ל שם תנאי שאינו מפורש בפירש ויש בו שום ספק אין בו כח לבטל המעשה דמה"ד אין בשום תנאי כח לבטל המעשה אלא דאשכחן תנאי בגו"ב וילפינן מיניה ומש"ה בעי דוקא כיולא בו ת"כ ותנאי קודם למעשה והן קודם ללאו ותנאי בד"א ומעשה בד"א הלכך ריע כח התנאי ועד שיהיו ברורים בלי שום ספק לא יבטלו המעשה עכ"ל ולפי טעמו אפילו ספק אינו ול"מ מוחזק ואין זה חולק על תשובת הרשב"א דמיירי תרי ותרי דלכת אחת התנה כדינו בפירש והמל"מ דמיירי בספ"ד נמי י"ל דהוי כתרי ותרי אבל שהה"ד דמייתי התם במל"מ נראה דבו"ת רא"ש דלא כוותיה ועיין סה"ד סימן ס"כ ונראה דלפני המל"מ היה גרסא אחרת. עכ"פ כיון דרא"ש אתו עלה דלריך שיהא תנאי ברור כתנאי בגו"ב ולפימ"ש רמב"ן הנ"ל זה דוקא בתנאי שבינו לחברו ולא בינו לבין עלמו וכיון דבקידושין כאן כמו ש"ל דהמקדש קפיד שלא יתקדשו הנכריות רק אם גם האחיות יתקדשו כן הנשים דעתן על אופן זה והוי רק כתנאי שבינו לבין עלמו לכן גם לר"י אין מקודשות הנכריות בודאי ואפילו ספק אפשר דאינו דיש לכן חזקת פנויה ופריך הש"ס שפיר מקידושין ותרומה יעיין ברא"ש פרק מי שמת ס' כ"א וס' כ"ג.

סימן מ"ב

ס"א אין האשה מתקדשת אלא לרלונה והמקדש אשה בע"כ א"מ וכתב בהגהת פרישה אפילו אמרה רולה אני ובית הילל הביא ראיה ממסכת דף פ"ח שכפה עליהם ההר כגיגית וא"ל אם תקבלו התורה מוטב וא"ל שם תהא קבורתכם מכאן מודעא רבה לאורייתא ונתינת התורה שנתקדשו בהלוחות כמקדש אשה ואחז"ל מאורסה קהלת יעקב ובמדרש שה"ש שהקב"ה חזר עם כל דבור על כל אחד מישראל אם רולה לקבל ואמרו הן הרי אף ברולה אני מודעא לאורייתא את"ד ואני תמה דהא מסקינן בפהז"ס דף מ"ה דמה"ת מקודשת בתלויה וקדיש רק משום דעבדה שלא כהוגן אפקינהו רבנן לקידושין וא"כ הקב"ה דעשה כהוגן למה יודעה.

וה"ל דבלא רולה אני אנן סהדי דבאונס הוא ומש"כ כשאמר רולה שמא גומר בלבו להקנות ולהתקדש וכיון דליכא אנן סהדי הוי דברים שבלב ואינן דברים כיון שכנגדו א"י מה בלבו של אידך אבל הקב"ה יודע מחשבות וכבר נאמר ברוה"ק ויפתוהו בפיהם ולבם לא נכון עמו ובלשונם יכזבו לכן מודעא רבה.

ובזה מיושב דברי המרדכי פרק הניזקין דאגב אונס מיתה גמר ומקנה גם בלא זוזי והקשה המל"מ פ"י מהלכות מכירה א"כ למה מודעא רבה לאורייתא הא לאונס מיתה הוי דא"ל שם תהא קבורתכם ובח"מ ח"ע סימן קי"ב סיים דה"א קו"ע ומתמיהה כי המרדכי פרק המקק שם בעלמו מייתי בסוף דבריו ראיה ממודעא רבה לאורייתא דאפילו גבי שבועה באונס ומהני מודעא עיי"ש ולפימ"ש א"ש נהי באונס מיתה י"ל

י״ל גמר ומקנה איכו ולאי רק כיון די״ל גמר ומקנה תו הוי דברים שבלב כנגד חברו אבל הקב״ה ידע מה בלבם וגבי שבועה אף דכשבע לתת לחברו ממון מ״מ איכו קנין רק עונש שמים יש על הנשבע אם יעבור כדאיתא בחו״מ סי׳ ר״ז א״כ כיון דבלבו יודע דלא גמר בדעתו ליתן כלפי שמיא גליא ושפיר ראיה ממודעא רבה והפרישה שכתב דאפילו אמרה רוצה אני א״נ ה״ב דאפקינהו רבנן לקידושין משום שעשה שלא כהוגן.

אבל האיש שאנסוהו הר״ן מקודשת וי״א. שא״נ כתב ב״ש דק״ל כבעה״ט דאנסוהו לקנות מדינא ל״מ והקשה אב״מ א״כ למה אמרו אונס שותה בעציצו וכופין אותו לכנוס כמ״ש הרמב״ם פ״ה מהלכות נערה הא בפמ״ה מבואר הא דכופין על המלוה איכו אלא משום תלוה וזבין ומבואר בתוספתא פ״ג דכתובות דאונס כופין אותו לקדם עיי״ש ונראה דהכה בהשגות פ״ד מה״א אהא דכתב הרמב״ם דאיש שאנסוהו לקדש מקודשת כתב והוא דאמר רוצה אני והקשה הראב״ד הא זה כאנסוהו למכור דהמכר קיים כמ״ש בפ״י מהלכות מכירה ואצ״ל רוצה. אני כ״ש כאן שהוא קונה וכ״ל דראב״ד לשיטתו בפ״א מגזלה דעמ״ש הרמב״ם כל החומד דבר של חברו אף שנתן לו דמים רבים עובר בל״ת כתב הראב״ד כשלא אמר רוצה אני וכתב המגיד דעת הראב״ד שאם אמר רוצה אני מקחו קיים ולא גרע מתלויה וזבין ואין בו לאו ורמב״ם ס״ל דמקחו קיים אף שעבר אע״ג דא״ר בתמורה כ״מ דא״ה ל״ת אי עביד ל״מ עיי״ש ולמה הלח״ם דהמגיד עצמו כתב בפ״ד מה״א דלא הצריך הראב״ד לומר רוצה אני בתלויה וזבין ועכ״פ חזינן דעת הראב״ד דאם אמר רוצה אני איכו עובר בלא תחמוד וא״ל אמר עובר בל״ת.

והה״ב הקשה למה לא כאמר כ״מ דא״ר ל״ת אי עביד ל״מ עיי״ש וי״ל לפימ״ש בשו״ת בית אפרים. הא״ה. סימן כ״ט דהיכא דהמעשה מועיל בלא כונה אין לומר אי עבל״מ וכמ״ש תוס׳ בפ״ק דתמורה בלירס אוזן בכור ל״ל אי עביד ל״מ דלא גרע מנפל מום מאליו ודוקא במלתא דתליא בעשיית אדם וכונתו י״ל אי עביד ל״מ עיי״ש וא״כ הכא דלוקח עבר בל״ת כה״ג דמסלקין כונתו מ״מ המוכר לא עבר ואין לסלק כונתו וסגי בדעת אחרת מקנה דבאס״ז פמ״ה דף מ״א כתב דא״ל כונת הקונה רק כונת המקנה ולכן ס״ל לראב״ד במכירה אצ״ל רוצה אני אבל בקידושין דצריך דעת שניהם הצריך לומר רוצה אני וה״ט דאנסוהו לקנות ל״מ כיון דמוכר עובר מסלקין כונתו ול״מ.

ולפ״ז מתורץ קושיית אב״מ דאונס כיון דדיכא לכופו ליכא לא תחמוד ול״ש בין אנסוהו למכור בין אנסוהו לקנות ומשכי איברא דבעל העיטור מיירי באמר רוצה אני. וגם לא מטעם שכתבתי אתי עלה כדמוכח מדבריו באות מ״ס מודעא אלא שהדבר כבין בעלמותו. דמה שכתב בעל העיטור דרק מוכר אגב זוזי גמר ומקנה כבר נתקשה בחמ״ת בסק״א אלא דסב״א ר״פ קידושין דייק מלשון הש״ס תלוה וזבין אמרו תלוה וקני לא אמרו ולפימ״ש הטעם י״ל דלפיכך רק תלוה וזבין אמרו ולא משום דזוזי עדיף:

ועלה בדעתי די״ל בקידושין לא אמרינן אעל״מ כיון דאמרינן בפ״ק דתמורה דף ה׳ ע״ב דאלמנה לכ״ג דתפסי קידושין ולא אמרינן אעל״מ משום דכתיב לא יחלל זרעו והבי. קי״ל כל חייבי לאוין תפסי קידושין וצ״ל כיון דגלי קרא. בלאו דאלמנה לכ״ג מגילה ילפינן לכל קידושין באיסור לאו ועוד לפימ״ש תוס׳ דף ה׳ בד״ה מיתבי דבגירושין לא אמרינן אעל״מ משום דאיתקש להויה א״כ י״ל דקידושין איתקש לגירושין דכתיב ויצאה והיתה ואלה באיסור. כרת דאיכא ילפותא דלא תפסי קידושין ואח״כ מצאתי בישועות יעקב לעיל סימן י״ח שהביא מח״ר שכ״כ דכל קידושי איסור ילפינן מאלמנה לכ״ג דאי עביד מהני והוא בח״ר פרק האומר בקידושין דף ס״ז ע״ב וכ״כ הריטב״א שם והא דכתבו שם רק דהוה אמינא כן היינו לענין בן שיקה גרושת. אבל דמיירי התם דלפי האמת לא תפסי קידושין כיון שהוא בסקילה ק״ו מאחות אשה עיי״ש ועו״כ ישעי״ק די״ל כיון דבגירושין אי עביד מהני ילפינן כן נמי לענין קידושין וכמ״ש.

ולפ״ז מתורץ קושית המ״ה וב״ש כאן דרמ״א פסק בחו״מ סימן ר״ה דאנסוהו לא קנה והכא יש מחלוקת באיש דתלוה וקדיש וגם הפוסקים דא״מ משום דעשה שלא כהוגן חכמים אפקוה לקידושין ולפימ״ש א״ש דבחו״מ פסק דל״מ משום דעבר בלאו דלא תחמוד אעל״מ משא״כ בקידושין דאפילו יש איסור בגוף האישות מהני.

ולפ״ז מה שכתב בח״ר שם דכראן דברי הרמב״ם דאיש שאנסוהו לקדש קידושיו קידושין דאם תלוה וזבין קנה כ״ש אנסוהו לקנות דלא כבעל העיטור איכו מוכרח די״ל באנסוהו לקנות מודה הרמב״ם דלא קני אף דיותר י״ל דגמר וקני מגמר ומקנה מ״מ משום אעל״מ בטל הקנין ושאני קידושין דלא אמרינן בהו אעל״מ ולפ״ז מתורץ קושית תוס׳ ר״פ קידושין אהא דאמר הש״ס אי תני האיש קונה ה״א בע״כ דא״כ לוקמ׳ תני האיש מקדש ולפימ״ש א״ש דהתם ליכא למטעי דתני בו ובשלוחו ואשלד״ע ואפשר דבעל העיטור מבוס דק״ל דגם תלוה וזבין זביניה זביני דוקא באמר רוצה אני כמבואר שם באות מ״ס מודעא וס״ל דבהא ל״ל אעל״מ כמ״ש הס״מ וביארו בשער המלך פ״א מהל׳ גזלה ה״ט דהאיסור איכו רק מעיקרא אבל לבסוף כשאמר רוצה אני ליכא איסור וכמו דשינוי קונה בגזלה ה״נ בדמים לכן לא אמר העיטור דתלוה וקני לא קני משום דאעל״מ אבל לדידן דפסק הש״ע בחו״מ סימן ר״ה דתלוה וזבין קנה אף דלא אמר רוצה אני בזה פסק הרמ״א דאנסוה לקנות לא קנה משום דאעל״מ דמוכר איסורא קעביד ומקנה בלא כונה.

ס״ב אם מכחיש כתב ב״מ קשה איך אפשר להאמינו בטענת להשבות במגו יותר ממה שהיה מועיל בהכחשה דבהכחשה היה עכ״פ המודה אסור וא״כ כהי דלגבי עצמו נאמן במגו. דהכחשה אבל האשה מאין יבא עזרה וכ״ת כיון דלגבי עצמו יש לו מגו ואיכו נוגע בדבר אף לגבי דידה לא גרע מע״א ז״א דהא הוי דבר בבעריה ועיין סימן נ״ה ס״א עכ״ל וכ״ל דמ״ד בקידושין ס״ה. ע״ב דגם בשניהם מודים ע״א. לאו כלום אף דבממון מועיל הודאה. בע״ד משום דבקידושין חב לאחריני כדאיתא. התם ומ״ד התם דהוספין בע״א ע״כ ק״ל דלא חשוב חב לאחריני כלפר. נתקשה בח״ר דמאי חב לאחריני מי יש לו עליה ובידה להתקדש למי שתרצה וא״כ כשמעיד הבעל דנתכוין להשבות דג״כ לא חב לאחריני דאין לומר דחב לדידה במה שאומר שלא קידשה דהא הוא לא אגיד בה דנאמן לעצמו במגו מתילא אדרבה זכות הוא לה שלא תהא אגידא בו והוא לא

לא

לא אגיד בה וא"כ ומ"כ אם ע"א בדשב"ע נאו כלום אפילו בלא חב לאחריני א"כ קידם בע"א אין חוששין לקידושין ואם חוששין דשמא כשלא חב נאמן ע"א א"כ הבעל כמי נאמן בתורת ע"א דיותר לא חב אך יותר הוי מלי להקשות כשהאשה טוענת דנתכוונה להשטות דל"ל ומ"כ דגם למ"ד שמקדש בע"א חוששין דוקא בע"א לא בגשים כמ"ש תשב"ץ ח"א סי' ע.

אמנם נראה דהיכא דלא איתחזיק איסורא נאמן ע"א עם ומגו גם בדשב"ע ועיין בפרק קמא דכתובות דף י"ב ע"ב דלאחר שינויא דגם במנון ומהימנת האשה בבכי ומגו אלא דלאידך שינויא י"ל דוקא בבי עם חזקת הגוף דעדיף ומחזקת פנויה כמ"ש תוס' בפרק המדיר דף ע"ה ע"ב בד"ה אבל ומ"מ י"ל כיון דאיתא ברפ"ק דסוטה דף ג' דקינא לה ונסתרה נאמן ע"א ואפילו עבד או שפחה דזינתה משום דרגל"ד וה"נ בשים לו ומגו רגל"ד דקושטא קאמר וכ"כ בית יעקב בכתובות דף כ"ג דע"א נאמן גם בדשב"ע כשלא איתחזיק איסורא כשיש לו מגו או חזקה או רוב דמסייעו והביא ראיה מאבדה עיי"ש ועוד ראיה דהא נאמן בעל המקח כשמוקחו בידו לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי משום דהיכא דמוטל עליו לדעת מידק דייק ונאמן כשנים וכמ"ש בנה"מ סימן נ"א והרי התם אין חילוק בין בעל המקח איש או אשה וא"כ ה"נ דמוטל עליו לדייק אם קידשה ונאסר בקרובותיה ולא איתחזיק איסורא נאמן גם לגבי דידה דהא דגשב"ע ילפינן דבר דבר ממנון אף דבעל המקח צריך לדייק מ"מ כשנותן המקח לאחד והכא א"ל לדייק רק כשיסא מקרובותיה ואולי אין בדעתו לישא מהקרובות מ"מ עליו לדייק דאם קידשה מחויב או ליבמה או לפוטרה בגט ולא קיל זה ממי שפרע שיש לבעל המקח כשאינו עומד בדיבורו דמש"ה דייק כפרש"י בקידושין דף ע"ב אבל לשיטת ר"ת התם דבעל המקח נאמן במגו די"ל לא מכרתי או חזרתי וקניתי אין ראיה מהתם אף דבמגו עכ"פ נאמן גם כשאינו נוגע להחזיק לעצמו מ"מ י"ל דוקא התם דיש לו מגו לומר לא מכרתי כלל או חזרתי וקניתיו ממך וסדר ימכרנו לאידך משא"כ הכא דאם יכחיש העד שלא קידש כלל תהא היא אסורה כיון דאומרת שנתקדשה וגם הראיה שהבאתי מהבית יעקב אפשר לדחות דהא הביא ראיה מאבדה ולא הראה הב"י מקורו ונראה שהוא מפ"ג דסנהדרין והו"מ סימן רכ"ה ס"א אחד שראה שהטמין אביהם מנה בשדה ובא ואמר דאביהם אמר של פלוני הם אם בידו ליטלן נאמן וא"כ התם גם כשהיה נוטלן היה יכול ליתנן לפלוני והיה מועיל לפלוני כמו טענה של עכשיו משא"כ הכא אם היה מכחיש שלא קידשה לא היה מועיל לה אבל טעמים שכתבתי דע"י המגו הוי רגל"ד או משום דמידק דייק נאמן נכונים.

ובאב"מ סק"ד כתב לדעת ר"י שבתוס' פחז"ה דף למ"ד בד"ה לאו קמודית לי שכתב אף דהמוכר היה נאמן במגו די"ל לא היה של מערער מעולם לא מועיל ללוקח כיון דמידה דיודע שהיה של מערער ולא היה מעכבה ה"נ אם היה טוען להד"מ היה השני שמודה לדברי העד אסור בקרובים א"כ בטענת המגו לא מהני יותר לזה שמודה לדברי העד עכ"ל ול"נ דשאני התם דאם המוכר היה טוען לא היה של מערער מעולם צריך לישבע היסת אף דעכשיו כמי שטוען קניתי ממך צריך לישבע מ"מ הו אין ומא בעדותו כמ"ש ר"י בתוס' קידושין דף ס"ג ע"ב בד"ה והשתא דעדים הטוענים לישבע קודם שיאמנו דבריהם אין ממא בעדותם משא"כ הכא בקידושין דליכא שבועה אפילו היסת כמ"ש תה"ד בפסקיו סל"ז הובא כאן בב"מ וכיון דיש לו מגו איכו נוגע מהימן בתורת עד.

ולכאורה י"ל דאין ראיה שיהא ע"א נאמן במגו משום רגל"ד מסוטה שקינא לה ונסתרה בשני עדים דהוי רגל"ד מוצא לכן נאמן ע"א שנבעלה אלא דבתשב"ץ ח"א ענין ע"ז כתב דאפילו יש רק קלת רגל"ד נאמן ע"א אמנם דברי תשב"ץ שם כפלאו ממני שכתב וז"ל ונראה שזהו טעמו של דבר שהאמינה תורה ע"א בסתירה בסוטה כדאיתא בפ"ק דכתובות דכיון שקינא לה ונסתרה רגל"ד כדאיתא בפ"ק דסוטה ובפ"ק דנדה ומשמע דהעד כשפסלתה תורה לאו משום דודאי משקר או קרוב לודאי הוא אלא משום חששא רחוקה הוא דפסלינן ליה וכיון דאיכא קלת רגל"ד ששרי קינא לה בעדים ועכשיו העיד זה העד שנסתרה אמרינן דודאי דקושטא מסהיד ואמרינן לה על בעלה ואלו הייני חוששין חשש קרוב לשקרא לע"א ומפני שקינא לה לא הייני ומאמינים לזה העד דאפשר קרוב הוא שאחר שהתרה בה בעדים סוגרה עלמה מסתירה אבל העד שהוא מוחזק בכשרות אלא ומפני חשש רחוק קלת רגליים יש לדבר ומסלקים ומעליו הותה השפא עכ"ל והנה מה שכתב כדאיתא פ"ק דכתובות ע"כ כונתו לדף ט"ת דאמר אין האשה נאסרת על בעלה בע"א אלא בשני עדים וקינוי וסתירה אפילו בע"א כמי ותמוה דהא פרש"י אפילו אין בטומאה אלא ע"א נאמן אבל קינוי וסתירה נריך שני עדים על הקינוי ושני עדים על הסתירה כפרש"י שם וכן הוא בריש סוטה דקי"ל התם כר"י דלריך גם על הסתירה שני עדים וכ"כ הרמב"ם פ"א מהלכות סוטה ה"ט ובש"ע אה"ע סימן קע"ח ואם כונת התשב"ץ כשהעד נאמן לו ודעתו סומכת עליו דבזה נאסרה לבעלה בע"א שהעיד שנסתרה כמ"ש הרמב"ם וש"ע שם זה אינו בפ"ק דכתובות רק ילפי לה מקידושין דף ס"ו ומ"מ הוכיח התשב"ץ ומשאר מקומות כמו עיי"ש.

ולפי מה שהוכיח התשב"ץ שם דהא דפסלה תורה ע"א רק מחשש שמא בא בשקרו עיי"ש י"ל דכאן ליתא האי חששא דלמה לאו למקדש ולמקדשת ליתן שכר להעיד שקר הרי כל אחד בעלמו נאמן לעלמו לומר לשחוק כיונתי.

ובשו"ת הב"ל סימן קנ"ו כתב דאפשר אין זה מגו דאי בעי היה מכחיש העד דאם היה אומר להד"מ היתה היא אסורה דהא מודית שנתקדשה ובהשטאה מולה להתירה ול"נ דאדרבה בזה מחזקת המגו יותר דהא מבואר בקידושין דף ס"ג ובפ"ק דב"מ ובב"ד דלא"ה ולא לו וא"כ אם איתא דמשקר יותר היה לו לשקר לספקיב רק את עלמו.

והחמ"ח הקשה דמה בכך שיש לו מגו אטו אנן לא מהימנינן ליה אלא הטעם דדברים שבלב אינן דברים ואף שאנו יודעין שכונתו להשטות אפ"ה חוששין לדברים שבע"פ ולא לדברים שבלב עכ"ד וכתב התב"ל שם ז"ל ואין נראה בעיני דמה אנו ידעינן בבירור בלי שום ספק שנתכונו לשחוק אף שקדשה סתם אינן קידושין אלא משום תימנא דא"ת לא קמכינן אאומדן דעתא וכמ"ש בתשובת מיימוני בתשובה א' שבסוף ספר נשים ומילא שמעינן דהיכא דל"ל להומדנא כגון דאיכא מגו והאי נאמן במה

בזה דאומר לשוכא כתובתי עכ״ד ואיסתמיכתיה דברי תוס׳ גיטין ר״פ השולח בד״ה מ״ד דאף דאיגלאי למפרע דהוה רהיט לבטולי׳ לאו כלום הוא משום דבאותו שעה שהוא רק לא נודע דעתו לא לשליח ולא לאשה והוי לאו דברים שבלב ואינן דברים אעפ״י שכאן גומר כך היה בלבו עיי״ש.

אך נ״ב הסכ״ל בהגהות הטו״ז כאן לדחות דברי החמ״ה דבשלמא במקדש בפני שני עדים דכ״ע ידעי דהוי קידושין גמורין וא״י להכחישם אמרינן אף דאיכא אומדנות מוכיחות דלהשטות נתכונו חוששין לדברים שבפה מדלא נזהר שלא לעשות ולדבר בפני עדים אבל בע״א דידעי דאין ע״א יכול להעיד דהא אפשר להכחישו ומשום זה לא נזהרו מפניו בהשטאה ונאמנים בטענת השטאה ניתן לומר כשיש אומדנות מוכיחות דלהשטות נתכונו דבזה בטענת מעשה היה אומדנא. ל״ה דברים שבלב אלא דאם איתא דלהשטות נתכוין לא היה עושה כן בפני שני עדים אבל בפני ע״א נ״ל הכי אמרם כשאין אומדנות דלהשטות נתכוין הק״ל כהי דעכשיו נאמן במגו מ״מ בטענת מעשה הוי דברים שבלב וגם על האומדנות יש לפקפק דהא פסק ש״ע בסו״מ סימן פ״א סע׳ דהודאה בפני ע״א א״ל משטה הייתי ולא ערערו הכה״א ואף דהש״ך מסיק דהוי ספי״ד הא שניא בתומים שם שפסק״ז מהמהרי״ט דהלכה רווחת בישראל דא״ל משטה ואם מוציאין ממון כ״ש דיש לחוש הכא בקידושין ואפשר לומר כיון דקי״ל לא משים איניש נפשו לספקא כדאיתא בקידושין דף ס״ד ע״ב ולעיל סימן ל״ז א״כ אם איתא דנתכוין לקדש באמת לא היה מקדש בפני ע״א דאף מ״ד מקדש בפני ע״א חוששין לקידושין היינו רק ספק דרק חוששין קאמר א״כ לא משים נפשו לספקא לאסור בקרובותיה מספק וכ״ש האשה לאיסור עלמה מספק והקידושין אין מתירין אותה לביאה זולת קידושין אחרים בפני שני עדים א״כ זהו גופא אומדנא בטענת מעשה דלשחוק ולהשטות נתכוין ואף דאחד מהם אין טוען שנתכוין להשטות מ״מ לא מוציא השני מכלל זה דהא אפילו בחד גברא כגון חזקה אא״פ תו״ז ופגם שטרו תו״ז א״ל המלוה לישבע משום החזקה אף דהזיזן דפרע מקצת כדאיתא בחו״מ סימן פ״ד דלאמרינן מה דהזיזן דלהרע אתרע ועל השאר נשאר החזקה במקומו כ״ש בתרי גברא ועם זה נתחזק עוד הרגל״ד שנתכוין הוא או היא להשטות וכ״ש האשה דלא ניחא לה להיות אגידה מספק ביבמות סימן פ״א סקק״ב כתב כיון דרגילין להשטות לא הוה דברים שבלב דאין פיו סותר דברים שבלבו דגם בפיו רק דרך שטות ושחוק ודמיו בפ״ת כאן ועיין ב״מ יו״ד סימן רל״ב ס״ב דאפילו אין לבו שוה לפיו לא מקרי דברים שבלב היכא שדרכן בכך עיי״ש וה״נ כל המקדש בע״א דרכו בכך שו״ר במקנה שכתב כס״ג דכיון דלאו אורחא לקדש שלא בעדים סברא הוא שלא מיכוין לשם קידושין ול״ה דברים שבלב וכ״כ ישע״י סק״ג דאם היה כוונתם לשם קידושין היה להם לעשות לפני שני עדים וכ״ז שאינן מודים יש הוכחה דלהשטות נתכוין ומשני דברים שבלב.

בדרישה הרי השיג על הש״ך שכתב גם למ״ד דמקדש בע״א חוששין לקידושין אם מכחישו הוא או היא מודה דאין חוששין דא״כ ל״ל הא דאר״פ חוששין דוקא בדאיכא תרתי ע״א ושניהם מודים וקשה מה״ל אם לא יליף דבר דבר ממון ליקני במודים ואם משום דמחייבי לאחריני א״כ כיון דע״א נמי אפילו היכא דמיחייבי לאחריני ליהני גם נגד הכחשת בע״ד וא״י יליף דבר דבר ממון רק היכא דשניהם מודים הוי הודאת בע״ד ולית לן סברא דמיחייבי לאחריני משום שאין לאדם זכות עליה כמ״ש בח״מ א״כ גם בלא ע״א נמי ורפ״י פירש משום דע״א חשוב לחייב שבועה בד״מ הלכך בערוה נמי חשוב להתקיים קידושין בפניו ואינו מובן כיון דבלא ע״א לא מהני מודים משום הודאת בע״ד ע״כ משום דמיחייבי לאחריני וילפינן ממון וגבי ממון חוששין לדברי העד לחייב שבועה ה״נ נחוש לדברי העד גם בהכחשת בע״ד הע״כ דגם בהכחשת בע״ד חוששין עיי״ש.

ונ״ל דגם ר״פ יליף לדבר דבר ממונו וס״ל כיון דמיחייב לאחריני לא סגי בהודאת בע״ד אך מצינו גם בממון מהני ע״א לחייב גם בהכחשת בע״ד כשיש רגל״ד כמו בקינא לה ונסתרה בעדים וע״א מעיד שנטמאת דנאמן לאסרה משום דרגל״ד כדאיתא בריש סוטה וגם נאמן להפסידה כתובתה משום דרגל״ד כפרש״י לפ״ו דסוטה לכן כאן דשניהם מודים הוי רגל״ד מועיל ע״א כיון דגם בממון מועיל ע״א לחייב כשיש רגל״ד וה״נ כשע״א מחייב שבועה ובע״ד אינו רוצה לישבע או טוען א״י והוי ליה כמידע חייב אף דאין זה בירור דודאי חייב דהא בהיסת כשאינו רוצה לישבע לא נחתינן לנכסיה אע״כ משום דרגל״ד מועיל ע״א לחייבו.

ומהרש״א כתב בר״פ שור שנגח את הפרה אף דמודה בקנס פטור מ״מ כשיש אומדנא בלאו הודאתו אלא דבאומדנא אין מוציאין ממון מ״מ עם הודאות בע״ד אנן סהדי מכח הודאתו והאומדנא ומועיל גם לחייב בקנס עיי״ש לכן ה״נ דע״א חשב כסוק דישקר ולכן כשיש לסייעו קלא מועיל גם להוציא ממון על פיו וכה״ג כתב בשו״ת מיוסקות סימן ל״ד דאין חושדין ע״א בשקר שהרי ע״א קם לשבועה ופעמים לממון כשא״י לישבע עיי״ש לכן ה״נ ע״י ע״א הוי אומדנא דהכי הוי וכשבע״ד מודים אנן סהדי דהכי הוי ובר״ן פרק המגרש כתב דלר״א דעידי מסירה כרתי סגי נמי בע״א לא דע״א כרתי אלא כיון שחתום בע״א והגט יוצא מתחת ידה אנן סהדי דנמסר לה ומידו עיי״ש ה״נ לר״פ ע״י ע״א ושניהם מודים אנן סהדי ור״פ נמי יליף דבר דבר ממונו וס״ל כיון דמחייבי לאחריני ל״מ הודאת בע״ד או ע״א בלבד רק בשניהם מודים אנן סהדי וגם כוב״ת סימן ע״ה נתקשה בדברי ר״פ כעין קושית דרישה. אכי ולפימ״ש א״ש ובא״ז סימן תמ״ק כתב וסבירי׳ אם שידך ושוב קדשה בלא עדים ושניהם מודים דהוי קידושין ומעליא עיי״ש ועיין ב״ה סימן מ״ה סוף ס״א ולפ״ז י״ל גם להחמ״ה והב״ש דכתבו דהוי דברים שבלב ואינן דברים דוקא כשהם מודים דלא ניכר מעניינים דהיה דרך שחוק והשטאה אבל אם היה אפשר להכיר שהיה דרך שחוק דאז אם היה העד מודה דהבין כן לא הוי דברים שבלב אלא דאומר שהבין שהיה לשם קידושין גמורים או אומר דלא הבין אם לקידושין גמורים נתכוונו והאיש והאשה אומרים שאינם יודעים אם לא הבין העד א״כ אין סייעתא מהודאתם לדברי העד ותו ל״ל אנן סהדי דקושטא הוא שלא הבין העד שהיה דרך שחוק והשטאה א״כ הוי מקדש בע״א וליכא סייעתא מהודאתם דשמא משקר בזה ואפשר גם התשב״ץ וב״ה בהכי מיירי ושרה. מהם השגת החמ״ה.

וא״ל

וא"ל דא"כ בקידש לפני קרובים לדיקים דאנן קהדי דקושטא הוא תהא מקודשת ואפילו בהם קרובים לא חיישינן דמשקרי כדאיתא בב"ב דף קל"ד ובחו"מ סימן ל"ג סעי' ה' לק"מ דכיון דגזה"כ דקרובים פסולי אפילו כמשה ואהרן כדאיתא התם הרי גזרה תורה שלא לסמוך על האומדנא שנאמנת קרובים אף דאנן סהדי דהכי הוה כמו שאומרים הפא"כ על אחד דפסלה תורה משום הבא כחוק דמשקר כמו שהוכיח השב"ן לכן בממונות אומדנא אנן סהדי כגי ועוי"ל לפימ"ש תומים בסימן ל"ג סק"ח דתחלת פסול קרובים מגזה"כ דלא נחשדו לשקר רק אחר שכבר פסלתה תורה חיישינן שמעידים בדדמי עיי"ש.

ולפימ"ש א"ש מ"ש הרמ"א בהג"ה אם אחד מכחיש העד אין לחוש וכ"כ השב"ן דמשמע אין לחוש כלל ואפילו השני דמודה לדברי העד מותר בקרובות המכחיש והקשה התמ"ח הא המודה שאכה"ד ולפימ"ש כיון דאחד מכחיש ואימר להד"ם תו ל"ל אנן סהדי דהעד קושטא קאמר ממילא הוי מקדש בלא עדים וכ"כ הפנ"י בקידושין דף ס"ה דאפשר לומר כשאחד מכחיש גם המודה אינו חושש אלא בלא ביאר הטעם אלא דמוכרח מדאר"י שם המקדש בע"א חוששין ובעי מיניה בשניהם מודים מהו ואמר אין ולאו ורפיא בידו ומשמע דהא דאמר חוששין מיירי עכ"פ באחד מכחיש וקשה מאי קמ"ל פשיטא דאפילו באיסור כן הוא דהא תנן ע"א א"ל אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי פטור ועוד תניא ע"א א"ל נטמאו טהרותיך או שורך נרבע והוא אומר לא כי אין העד נאמן וכ"ש בדבר שבערוה דאין פחות משנים ועכצ"ל דר"י קמ"ל דאשה"ק דגם המודה מותר בקרובות השני וכ"כ בעצ"א אלא דהב"ח בתשובה סימן ל"ז כתב דמוכח דהמודה אסור מהא דפריך הב"ק מדתנן הוא אומר קדשתיך והיא אומרת לא קידשתני דהיא מותרת בקרוביו והוא אסור בקרובותיה וס"ד דמקשה דמיירי בע"א ולדעתי אין מזה ראיה דלס"ד דלא ידע דהמשנה מיירי באומר קידשתיך לפני שני עדים והלכו למדה"י ע"כ מוכרח לומר דגם בהכחשה אסרו רבנן להמודה או דס"ל דבקידושין לא חשוב מיחייבי לאחריני כיון דבידה להתקדש לאו בתרלה וכמו דמקשה התם רב אשי לר"כ כיון דיליף דבר דבר ממומון יהא מועיל הודאות בע"ד כשים ע"א עכ"פ אבל למסקנא דקידושין חשוב מיחייב לאחריני עכצ"ל מאן דאמר נקדש בע"א חוששין לקידושין דוקא בשניהם מודים דהו אנן סהדי דקידשה ומתניתין מיירי באמר קדשתיך בפני שני עדים וכיון דאין לנו ראיה דאסרו רבנן אין להמציא איסור דרבנן וכמ"ש הסכ"ל בסוף סימן ל"ב דבמילי דרבנן המחמיר עליו לסבית ראיה אמנם כיון דהב"ח מחמיר וכמשכו אחריו התמ"ח והב"ש אין לזוז מדבריהם וגם הפנ"י בקידושין דף ס"ה בד"ה אמר ר"י כתב דמלשון רש"י בד"ה מהו והא דהניא א"ח משום דלא מהימן הוא והא היתנוה משמע לכאורה דאין חושש רק במכחיש אבל הא' דמודה חושש לקידושין עכ"ל ונראה דרש"י לשיטתו דכבר עמדו האחרונים מה כונתו בהא דהימנוה ונראה לפימ"ש בנה"מ סימן כ"ו סקי"ד דבש"ת כתב הטעם בנאמנות השליש דמה שנתפרש לפני השליש הוי כאומר נאמן עלי אבא ומידק דייק ודאי לנאמן הדיין לומר לזה זכיתי ונאמן בעל התקה לומר לזה מכרתי וכ"כ המרדכי בפרק התקבל ובתשובת

גמיימני לספר השפטים ועכצ"ל דע"א בעלמא חיישינן דאומר בדדמי כמ"ש התשב"ן עכ"ל והנה מ"ש בנה"מ דכ"כ התשב"ן אינו דבח"א סימן ע"ז כתב טעם דחיישינן דמשקר יותר בשכרותו הו אזה הגאה אך כב"י ס"ל בע"א טעם דאומר בדדמי כמ"ש בקידושין דף ע"ג ודף ע"ד הא דנאמן בעל המקח וכלינן משום דרמיא עליה למידק ולמדכר וא"כ ה"נ כיון דהימנוה לקדש בפניו מידק דייק לכן חוששין לדבריו אפילו אחד מכחיש דמ"מ זה שמודה הרי הימניה וחשוב לגביה כתרי דמידק דייק ושייך לומר שאכה"ד ולפ"ז אפשר דדוקא ביחדו לעד ויותר מזה כתוב בגליון תוס' בכריתות פ"ג דף י"ב ע"ב בד"ה לא נתכוונתי להעיד דאפילו בשנים א"ל נתכוונו להעיד ולא הוצאו בם לשום עדות אין בעדותן כלום אם בא"ב לה: להעיד בפני ב"ד עכ"ל ועכ"פ בע"א יש לחלק כן.

אך כ"ז אם נפרש מ"ש רש"י דהימנוה היינו כשקידשו לפניו וכ"כ בתת"ק חא"ע סימן ק"ד בכונת רש"י דלהכי חוששין לקידושין בע"א דהא הימנוה הואיל והם קדשו לפניו הימנוה כבי תרי בממון והוליך התת"ק מזה דכ"ז שייך היכא דליכא אלא ע"א באותו מקום אבל כשהיו גם אחרים אמן לימא כן דהימנוהו להאי קהדא דלמא המקדשים חשבו שישגיחו כל העומדים שם ויבואו ויעידו ואירע מקרה שאין רואה כ"א אחד ומה תאמר דלמא בכוון העמידו שלא ירמה בום אדם זולת זה העד א"כ הרי היתול לפניו שבוכה עשו. הדבר לפני ע"א במקום שהיו עדים הרבה כדי שלא יהיו קידושין לכן לכ"ע אין חוששין לקידושין עכת"ד ואמנם קי"ל לפ"ז מה שפרש"י א"כ דע"א חשוב לחייב שבועה בד"ת הלכך בעדות. כמי חשיב להתקיים קידושין בפניו ובלבד שיהיו שניהם מודים עכ"ל דאם משום דהימנוה בשעת קידושין כבי תרי בממון למה לריך לטעם דחשיב לחייב שבועה לכן נראה עיקר כמ"ש בבי"ת ומהרא"ם ח"ב בספר מים עמוקים סימן למ"ד דמ"ד חוששין לקידושין בע"א בשניהם מודים ס"ל כיון דחשיב עד לחייב שבועה בממון ומתקיימין הקידושין בפניו רק אינו נאמן להעיד בב"ד דלמא משקר לכן כששניהם מודים הרי הימנוהו לסהדותיה עכשיו בב"ד ולפ"ז כלהו דברי התת"ק וגם אין לחלק בין יחדוהו לעד או לא יחדוהו וגם אפילו רק אחד מודה י"ל שאכה"ד.

אמנם למה באמת מ"ד דמקדש בע"א אצ"ק אפי' שניהם מודים מאי טעמיה למה לא נימא כיון דיש ע"א ורחוק שישקר וגם שניהם מודים יהא אנן סהדי בהכי דקושטא הוא והרי גם הר"ן בתשובה ע"ה כתב דאף דאין ע"א קם לממון אעפ"כ הדברים מראין שהדבר אמת ומועיל להכניס מי שמעיד לו בתוך השודא דדייני אם אותו עד אינו קרוב עיי"ש והובא בשע"מ סימן ל"ג וכיון שמראין שהדבר אמת הוי אומדנא ועם הודאות בע"ד יהא אנן סהדי כמ"ש מהרש"א הנ"ל ונראה דהא השע"מ הקשה כיון דע"א מועיל לעשות ע"י שודא למה יגרע קרוב ונראה דבעלמא ע"א דאינו פסול רק מחשש דמשקר כמ"ש התשב"ן וגם אם נימא משום דאומר בדדמי אינו רק חשש רחוק שפיר סמכינן על אותו אומדנא לעשות שודא אבל קרוב דפסלו תורה מגזה"כ אפילו משה ואהרן אף דודאי קושטא אמרי כדאיתא בב"ב ובחו"מ סימן ל"ג סעי' לכן אין לסמוך על עדותו לשום דבר וא"כ ה"נ כיון דע"י ליכוף הודאות הא"ע

ולבסה

ואשה נאסרו קרוביהן דהאיש אסור בקרובות שלה והאשה בקרובות שלו לעולם לכן לא מצרפינן הודאות שניהם להעד אחד דהרי אפילו שלשה עדים ונמצא אחד קרוב נפסלו אפילו שני עדים הכשרים אף דודאי קושטא מסהדי וכ״ש שלא לצרף הודאות הקרוב לע״א לעשות מה אכן קשה וצזה מיושב פרש״י בד״ה הכא מחייבי לאחריני שקרובותיה נאסרו בו וקרובותיו נאסרו בה ולוותו קמאי ובתראי למה לא פרש״י בלא״ה דנאסרה אכ״ע משום א״א ולפי מ״ש א״ש.

והאחד מהן קרוב בהמ״ח וב״ש הקשו כיון דנס על הכשר נפסל וליכא אפילו ע״א ובשו״ת מהרא״ל סימן י״ט הביא מהרא״ה בכתובות דמ״ד דבע״א חל״ק משום דהוי כאיסורין וא״כ ל״ש היקבא דנמצא אחד מהם קא״פ עיי״ש ורא״ה זה בשס״ז כתובות דף כ״ג והקשה מוהרא״ל דא״כ בלא ע״א רק שניהם מודים או קרוב ג״כ יחוש לקידושין כמו באיסורין דנאמן בע״ד וקרוב.

ונראה דהא מ״ד דאחל״ק משום דמיחייבי לאחריני כמבואר בש״ס ופירש הריטב״א דאם יבא עלי׳ אחר יחויב מיתה ועונש עיי״ש והיינו משום דלא יתכן לומר משום דמיחייבי לאחריני דנאסרת עליהם והקרובים שלו אסורין בה וכן להיפך דזה לא חשוב חב לאחריני כמו שהקשה הרשב״א דמה יש לאחר עליה וכי מחייבת להבעל להן ול״ד למציאה דחשוב תופס לבע״ח דהתם הפקר הוא ואין לו בעלים לכן פירש משום דמיחייבי לאחריני במיתה אם יבואו עליה ולכן מסתמכת לומר שנתקדשה לפני שני עדים דשלנמ״ד דלענין איסור לבד אינה מיחייבת לאחריני עיי״ש בריטב״א וא״כ קשה למה לא יועיל קידושין בע״א או בהודאות שניהם לבד לענין לאסרה על אחרים עכ״פ לכ״ע דזה הוי רק כשאר איסור ול״ל כיון דאין תועלת בהודאתם או בהעדת ע״א רק לענין איסור ולא לעונש בעלה כל העדות דאין איסות לחלאין וקיום הקידושין במאמנות תליא וכה״ג כתב הפנ״י ועיין פרש״י בספ״ז דב״מ דף ל״ד דע״מ שאין לך עלי שכו״ע תנאו בטל דאין אישות לחצאין אך לפימ״ש הרמב״ם בפט״ז מסנהדרין ע״א שאמר על חתיכה אחת שהוא חלב וא״כ אכלה אחר בעדים והתראה לוקה וא״כ ה״נ יש תועלת בעדות ע״א כשלא יכחישו אותו וא״כ יבא עליה אחר יומת וא״כ יהא קיום הקידושין כמו בע״א והנה ברמב״ם פ״א מהא״ב הכ״א איש ואשה שבאו ומודה״י הוא אומר זאת אשתי והיא אומרת זה בעלי אם הוחזקה בעיר ל״י שהוא אשתו הורגין עליה אבל בתוך הל״י אין הורגין עליה משום א״א האשה שהוחזקה נדה בשכונותיה בעלה לוקה עליה משום נדה המקנא לאשתו ונסתרה ובא ע״א והעיד שנטמאת והיא בעלת כהן ובא עליה אח״כ הר״ז לוקה עליה משום זונה אעפ״י שעיקר העדות בע״א הלא שאמר בתי זו מקודשת היא לזה אעפ״י שהוא נאמן ותכשה לו אם זינתה אינה נסקלת על פיו וכן האשה שאמרה מקודשת אני אינה נהרגת על פיה עד שיהיו שם עדים או תוחזק עכ״ל ומקור דבריו מהש״ס ומירושלמי המובן מדבריו דדוקא כשהעיד ע״א שנטמאת וא״כ בא עליה בעלה כהן לוקה אבל אם קרוב או פסול אמר שנטמאת אע״ג דאחר קינוי וסתירה גם הם נאמנים שנטמאת כדאיתא רפ״ו דסוטה וברמב״ם פ״א דסוטה מ״מ אם בא עליה אח״כ אינו לוקה ועיין סוטה ספ״ו תחלת דף ל״ב כגון דאתא. אשה

מעיקרא דמחלק שם דאם עד כשר בא תחלה והעיד שנטמאת אפילו מאה נשים שבאו אח״כ אין יכולים להכחישו אבל אתאי אשה מעיקרא ואמרה דנטמאת יכולין שתי נשים אח״כ להכחישה ולכן גם כשאביה אומר שנתקדשה לפלוני או היא עצמה שאמרה כן ובא אח״כ אחר עליה אינה נהרגת אף דהימניה תורה לאב מ״מ אין דינו כעד כשר והא דהוחזקה נדה בשכינותה או הוחזקה בעיר ל״י שהיא אשתו שאני הך חזקה דאלים וגם לענין חזר ומגיד במתנלא נראה דחלוק ע״א כשר ומנאמנות שהאב דא״ל יגיד דילפינן דאינו חוזר ומגיד בעד כשר מיירי והפנ״י בקו״א לקידושין דף ס״ג מחלק בין מעיד לאסור ומה שיש לו חזקת היתר למעיד על חתיכה דאין לה חז״ה עיי״ש ולא משמע כן בירושלמי דנזיר דאיתא שם באמר לו אחד שהוא נזיר וא״כ שתה יין בפני עדים לוקה וכן הוא בפ״א דסוטה בירושלמי והרי מעולם בחזקת שאינו נזיר וגם דהחוו״ד בסימן קפ״ה לא כ״כ מלאתי אח״כ בהגהות א״ב כמ״ש דהאיסור יוחזק עפ״י ע״א ללקות אח״כ על ידו אינו רק בעד כשר והביא שמוכין לזה עיי״ש ולכן בנתקדשה לפני ע״א כשר כיון דלענין איסור נאמן ס״ל לר״פ דחוששין לקידושיו משום דאפשר ע״י עדותו אח״כ שיתחייב הבא עליה מיתה ויהא ע״י עדותו אישות לגמרי ומ״ד דאחל״ק משום דמיחייב לאחריני משום דס״ל דכשמעיד נגד חזקה אף דנאמן לאיסור מ״מ אין לוקין ע״י כסברת הפנ״י או דס״ל כח״ר דילפינן דבר דבר ממומון ש״ם בו הכחשה אבל ר״פ מסתפק בזה לכן חוששין לקידושין אבל ע״י קרוב או הודאות עצמן דודאי א״א שיבא ע״ז לחיוב מיתה באמירת הקרוב או הודאות עצמן לבד לכן אין קיום לקידושין כלל דאין אישות לחצאין.

ועדיין צריכין למודעי דבירושלמי פ״ו דסוטה ה״ב אמר אחד חלב הוא ובא אחד ואכלו והתרו בו שנים לוקה אף דעיקר עדותו בע״א וא״ל אחד נזיר אתה והיה נוהג נזירות על פיו וא״כ שתה יין והתרו בו שני עדים לוקה אמר פלונית נהנית וזינת שנסתרה בפני שנים וע״א העיד שנטמאת ובא בעלה כהן עליה והתרו בו לוקה וכן הוא ברמב״ם בפ״א מהא״ב ובפ״ט מנזירות ובפט״ו מסנהדרין וי״ל להבין למה בנזיר אמר שהיה נוהג נזירות על פיו משא״כ בחלב וטומאת האשה ורא״תי בש״ב ב״ו שכתב דגם באידך דוקא שהוחזק שלשים יום ובנזיר שניכר ממעשיו דמגדל פרע ומתרחק ממתים עיי״ש פ״י והרואה ברמב״ם יראה כמה רב הדוחק וכ״ש בירושלמי דהכהנ תלתא דיני ביחד כאמנו ולא התנה זה רק בנזיר ועוד לע״ד גם בנזיר לא דמי לבנה כבוך אחריה או לנדה שהוחזקה בשכנותיה דהתם חייבין משום דודאי בנה הוא ונדכלוך אחריה וודאי נדה היא דמי יחוש חוץ מהם וודאי כפשה יודעת אם בנה הוא או רחמה דם אבל מאי חזקה שייך ע״י שלא נאכל החתיכה שלשים יום או בעלה לא בא עליה או בנהג נזירות מהמת העד שעשה לו ספק מוכרח הוא לפרוש מן הספק ולמה ילקה א״ו דבע״א לאו מטעם חזקה זו לוקה אלא דהוחזק תכף ע״י עדותו לבד כיון שלא הוכחש.

והחילוק בין מיר לאיכך י״ל דבנזיר אינו נוגע סדבר לאחרים לא חשוב הוחזק עדותו דאפשר שתק דלא חש להשיבו כיון דיודע בעצמו דלא נדר בנזיר וכשם ששעה בו העד בשקר תשעה

בו ולא השיבו כדאיתא בתו״ת סימן פ״א ס״ז וכן אשכחן בש״ס דלא חש להשיבו.

בפרק כילד הרגל דף כ״ף סוף ע״ב לכן בא״ל נזיר אתה דנוגע רק לו והוא יודע האמת י״ל מה דשתק דלא חשש להשיב א״כ לא הוחזק העדאת העד עדיין כלל משא״כ בחלב וכהנת נ״ל דלא חשש להשיבו כיון דנוגע לאחרים שאינם יודעים ואם הוא אינו חושש אחרים דאינם יודעים ע״כ חוששים ונאסר אצלם כיון שלא הוכחש העד משום אדה וכיון שהוחזק העדאת העד לאחרים תו ה״ל כתרי עדים ומלקין א״כ לכן בנזיר דוקא בשנהג נזירות הרי דהא דשתק לא משום דידע ששקר אומר העד וכיון שכן הוחזק עדות העד גם נגדו לבד ובש״ך יו״ד סימן קכ״ז סקה״י הביא מהרי״ו בככ״ג ח״ב דאם א״ל בפניך נתנסך ושותק ואח״כ חזר ואמר לא שתקתי אלא מפני שלא חששתי לדברי העד ל״ת כיון דע״א נאמן באיסורין עיי״ש י״ל משום דנאסר היין לכ״ע הוחזק עדותו כ״ז ששתק בעל היין והוי כתרי עדים ותו לא מלי ומכחיש לו בטעם קלוש וכן י״ל למה שכתב הטו״ז שם סק״ב עיי״ש אבל בנזיר דאינו נוגע לאחרים רק לו ומהני ברי שלו א״כ נותר מה ששתקתי משום דלא חששתי לדבריך וא״כ כל זמן ששתיקתו לא הוחזק עדיין עדות העד לודאי עד דחזינן דנהג נזירות והם לדברי העד.

והיה אפשר לומר דמחלק הירושלמי דבחלב דלא הוחזק מעיקרא להיתר וכן בכהנת שנסתרה בפני עדים דהורע חזקתה נאמן העד מיד ונעשה כודאי משא״כ בא״ל נזיר אתה דיש לו חזקת היתר לא מהימן העד וגם שתיקתו יכול לתרץ לא חששתי להשיבך כמ״ש רי״ו לענין עדות דבר שבערוה לכן כ״ז שלא נהג נזירות לא הוחזק עדות העד אך כ״ז לשיטת הסוברים דע״א א״נ לאסור דבר שיש לו חזקה אך לפוסקים דחשב הש״ך ביו״ד סימן קכ״ז ס״ק נ״ז וכה״ך שם והרא״ה ורבינו ירוחם בתוכם דנאמן ע״א לאסור ל״ל הכי ועכל״ל כמ״ש וכן מוכח מדאמר הירושלמי דלוקה הנזיר אף דעיקר העדות בע״א דבשלמא אם נאמר דעד נאמן רק כ״ז דלא נהג נזירות לא הוחזק עדותו בשתיקתו דיכול להכחישו בברי אבל כשנהג נזירות אף דלאו מחמת דיודע בעצמו שנדר בנזירות רק חושש לדברי העד שייך לומר עיקר העדות בעד אחד אבל אם לא נאמן העד כדברי ש״פ דנגד חזקת איסור אינו נאמן רק משום דנהג נזירות הודה לדברי העד ולשיטה הש״ס משום דגדולה חזקה שהחזיק עצמו בנזיר מאי עיקר העדות בעד אחד דקאמר הירושלמי.

ועיין בשו״ת רמב״ן סימן קי״ט ובשו״ת רשב״א סי׳ תשמ״ח דהביא בפרק האשה רבה לענין עדות מיתת בעלה ובסוטה לענין עדות שנטמאת אחר קינוי דאם תחלה העיד עד אחד רחוק שאינו קרוב ונתקבל עדותו אז אפילו באו אח״כ שתי נשים או קרובים או ע״א כשר רחוק להכחיש הראשון אמרינן דראשון נאמן כתרי עדים כשרים אבל כשהראשון קרוב או אשה ובאו אח״כ שתי נשים להכחיש אזלינן בתר רוב דעות הרי אף דקרוב נאמן בעד מיתה או בסוטה מ״מ לא אמרינן דהוי כשנים כשרים אף דנתקבל עדותו והותרה האשה להנשא ע״י ב״ד וא״כ תסתבר בעד קרוב שהעיד על אשה שזינתה אחר קינוי וסתירה ובא עליה א״כ כהן אינו לוקה אף דנתקבל עדותו אינו כשנים כשרים עדיין ללקות ע״י שהוחזק עדותו וכן כאן למ״ד דמקדש בע״א דחל״ק ולהרא״ה דהוי כע״א באיסור אמא״ל דנאמן לאסרה לכ״ע או על הקרובים לאחר שתתגרש או תתאלמן מ״מ לא נאמן כשנים לענין מיתה ומלקות וכיון דאין קידושין לחצאין אין חל״ק כלל.

ונראה ליישב בזה מה שהביא כנה״ג בהגה״ט אות כ״ח מתשובת הגאונים סימן רמ״ה המקדש אשה בפני עדים קרובים לא מתריא לעלמא אלא בגט והקשה בכנה״ג דבפסולו דאורייתא לכ״ע אל״ג ותירץ דהיירי בקרובי אישות או בקרובים מן האם לדעת הרמב״ם והוא דחוק מאד איך לא פרשו כל זה אבל נראה דמיירי בעדים קרובים זה לזה ולא למקדש ולמתקדשת דהנה בשו״ת רשב״א סי׳ תקמ״ד ז״ל שאלת שני אחין לענין איסורין אם דינן כשני עדים להכחשה א״ל תשובה שני אחים לעולם אינם אלא כאחד בין לקיים דבר בין להכחשה והובא ברמ״א יו״ד סימן קכ״ז והוסיף אלא כעד אחד לענין איסורין ונראה משום דקשה הא אם קרוב או פסול אחד יכחישם אזלינן בפסולי עדות אחר רוב דעות כדאיתא בר״פ הא״ר ובסוטה דף ל״ב אע״ג כעד אחד כשר חשיבי ומאה נשים שבאו אח״כ נמי כע״א דמיא כדאיתא התם בסוטה ובשו״ת רמב״ן סימן קי״ט ובשו״ת רשב״א סימן תשמ״ח דכיון שנתקבל עד אחד כשר הרי כשני עדים כשרים ואפילו באו אח״כ מאה נשים א״י להכחישו והטעם דכיון שהשני אחים אינם קרובים להנידון שמעידין עליו רק קרובים זל״ז א״כ כל חד עד כשר בפני עצמו וכהי דקרובים זל״ז כחד גופא הם אלא היכא דקא״פ מבטל כל העדות אפי׳ כחד לא חשיבי אבל לענין איסורין דאין בטל כל העדות הוי עכ״פ כעד אחד כשר וכ״כ בשו״ת רעק״א איגר סימן ל״ד לענין היכא דלא ידעי זה בפסול השני עיי״ש שו״ר ברדב״ז ח״א סימן רל״ה שכתב בשם רשב״ם דשני אחים כע״א כשר הם אלא דלדעת הר״ן דגזה״כ הוא אינם חשובים אפילו כע״א בקידושין עיי״ש ומשום דלא נחית למ״ד ע״א בקידושין חל״ק משום דחשיב כאיסור לבד דלפ״ז אין נבטלם לגמרי דגזה״כ בד״כ כתיב לא יומתו אבות על בנים ובנים על אבות כדאיתא בסנה׳ דף כ״ח וכן לטעם הזמה המבואר שם ובירושלמי ג״ב לא שייך באיסורין ואפשר להכי דייק בתשובת הגאונים לפני עדים קרובים לומר דרק העדים בעצמם קרובים ורשב״ם זה הוא בפחז״ה דף כ״ז שכתב דטעמא דפסל רחמנא קרובים בעדות אחת לפי שאינן חשובין אלא כאיש אחד וכ״כ נמי שם וריטב״א בתק״ז פרק שני דכתובות דף כ״ח כתב טעם פסול דקורבא בגמרא דידן גזרת מלך הוא שלא יהא הדבר נגמר עפ״י קרובין שהם כגוף אחד וכשהעדים קרובים זה לזה אינן חשובין אלא כעד אחד וכ״ד מורי הרא״ה ז״ל עכ״ל ובריטב״א עצמו שם כתב נמי בזה הלשון ממש אלא דכתב דכן דעת מורי הרמב״ן ז״ל.

ובשו״ת בשמים ראש סימן ל״ז כתב דהך דינא דכמצא אחד מהם קא״פ לא נאמר לענין גיטין וקידושין ותמה עלה ישעי׳ דטראני ומלאכי רב דמסייע להכו״ת חא״ע סימן ע״ו אלא דלאו מטעמא חדא.

ס״ד וצריכים העדים לראות הכתיבה ממש בחת״ס חא״ע סי׳ ק״א שכתב דהא דגמל האוחר דלא קי״ל משום דליכא אפילו ידיעה אלא מכח הרובא ואין הולכין בד״מ אחר הרוב כמבואר ר״פ המוכר פירות ומינה בקידושין דהולכין אחר הרוב א״כ אף בגוני דגמל

דגוזל האומר מיחשב ידיעה גמורה עכ״ל ומידי דפשיטא לו פשיט לבעל חוו״ד הסכה בפרק שני דכתובות דף כ״ג כמו דלא מהני רוצה להוציא ממון ה״נ לא מהני בדבר שבערוה להוציא מחזקה וכ״כ בבית הספק כס״ק כ״ז לענין ס״ס כיון דילפינן דבר דבר מממון.

נאמנת במגו עיין חמ״ח וסב״ש הוסיף לבאר דדוקא משום שטוענת שלא שמעה הא אבל מודה ששמעה מקודשת אע״ג דלא ראו אותה מ״מ ראו שנתן הקידושין ליד השפוטה ועכשיו נמצא אצלה הקידושין אמרינן דהיא קבלה והוי כעדי יחוד וא״כ ע״כ מה דנאמנת במגו היינו דאי בעי כפרה ולא הראתה שהקידושין בידה והיתה טוענת שהיד אינה ידה ועכ״ז תמהני כי בשו״ת הרשב״א תחלה כתב אם נכחשת שהיא יד אחרת נאמנת ומפני שהעדים אין יכולים להכחישה בזה ומפני שאף שראוה מקודם מ״מ בשעת קידושין אפשר אחרת היתה וא״כ מה זה שכתב שהמקדש אסור בקרובותיה דומיא דאומר קדשתיך הא ל״ד דבקדשתיך אומר קדשתיך בפני עדים ואלו אבל הכא דמכחשת ונאמנת מה בכך דלדבריו לא היתה הא מ״מ קידש שלא בעדים שאינה יכולה להכחישם וזה סתירה מדידיה שבסימן אלף קל״ג כתב לגבי קידושין עדות ממש בעינן והודאות שניהם כמי שאינה הו ל״ע היכא דטענה לא שמעתי דהאמינה במגו הרי ע״כ שלא ראו העדים הקידושין יוצא מה״י אלא ע״י הודאתה וא״כ מה הולך למגו ת״ל דהוי נתקדשה בל״ע ומה לי שמעה א״ל שמעה עכת״ד הב״מ ולי יל״ד עוד בדברי הרשב״א שכתב שאפילו העיד אחד בבירור שהיא היא נתקדשה כיון שעד השני אומר שלא הכיר יד זו של מי היתה אין כאן אלא ע״א ואין דבר שבערוה פחות משנים דקי״ל כרבא באשתו זינתה בע״א עיי״ש ולמה לא הביא הא דהמקדש בע״א דאלו״ק ואי דמהתם יש לדחות שמא הלכה כר״פ דאלו״ק מה ראיה מאשתך זינתה דהרי הפוסקים כר״פ ודעת קצת פוסקים אפילו במכחשת מודים דבאשתי זינתה קי״ל כרבא ועיין מהרמ״פ סי׳ נ״ב אלא ודאי דעת רשב״א כמ״ש מהרי״ט במידושין על הרי״ף לחלק בין היכא דראו העדים מעשה הקידושין להיכא דלא ראו דאם ראו מעשה הקידושין אלא שלא הכירו את האשה הוי מקדש בעדים כיון שיכולין להחזיק בה ולראותה ועיין בפ״ת לעיל סימן ל״א ס״ק ה׳ ובדרב״ז ה״א סימן קכ״ו דאפילו העדים א״י אם המתקדשת פנויה או נשואה מה בכך הרי מעידים על אשה זאת שנתקדשה ונחזי אנן אם פנויה היא עיי״ש א״כ ה״נ אף דאין עד השני יודע אם יד של זו או של אחרת מ״מ יודעים שניהם שיד אחת קבלה קידושין וגוף של יד זו נתקדשה והיה אפשר להחזיק בידה וילך העד שאינו יודע מאיזה אשה לתוך ביתה לראותה א״כ בשעת קידושין הוי מקדש בעדים אלא דאח״כ ליכא רק ע״א והוי כאשתו זינתה בע״א ואם היא מודה הוי כאומרת נתקדשתי בפני שני עדים ואף דעדים א״י אם שמעה לא אמר דזה עצמה יהא כמקדש בל״ע אפילו היא מודה ששמעה משום דדוקא לא שמעה ולא נתכונה לקידושין כמבואר ברשב״א שם ועיין לעיל סימן כ״ז ס״ג בהג״ה דאם נתן לה סתם ושניהם מודים שכוונו לשם קידושין הוי קידושין וא״כ הוי ס״ס שמא שמעה ואת״ל לא שמעה אפשר נתכונה לקידושין דלא לכנס פשטה ידה דרך השוק ואפשר הרגישה שיתן לה לקידושין לכן דוקא כשיש לה מגו שי״ל באב״מ סימן ל״א סק״ד כתב נמי אף שאין העדים מכירים המתקדשת מ״מ כיון שיכולין להחזיק בה ולראותה הוי מקדש בפני עדים וכשמודה אח״כ דהיא היא מקודשת גמורה עיי״ש ודברי הרשב״א שלנו ראיה ברורה לזה וכמ״ש.

במרדכי פרק האומר סי׳ תקל״א כתב הר״ם בתשובה דהיכא דאחד מן העדים לא ראה נתינת הטבעת אין לבטל בכך הקידושין כיון דעד השני ראה דבר מוכיח ובשו״ת רשב״א סימן תש״פ כתב בשנים שהיו עומדין אחורי בית אחד ושמעו שאמר ראובן ללאה התקדשי לי באתרוג אבל לא ראו נתינה ממש אפילו ראו האתרוג יוצא מתחת ידה אין כאן חשש של כלום ואפילו היא מודה שלקחתו לשם קידושין עיי״ש וכתב הב״ש דר״ת ורשב״א פליגי ובמה״ק סי׳ ק״א כתב דמרדכי מיירי שלא היה בחדר כי אם המקדש והיא וראו הטבעת על ידו ומיד ראו אותו הטבעת על אצבעה דהוי דבר מוכיח והקשה שמא אחר נתינת הטבעת היה האמירה עיי״ש ובחו״י כתב בטעמו של הרשב״א שמא אחר כ״ד של האמירה נתן לה האתרוג עיי״ש סימן י״ט וא״כ קשה נמי על הר״ם מניין יוכיח עד השני שבשעת אמירה נתן לה וכ״ל דבשו״ת רשב״א סימן אלף ק״פ כתב כל שלא אמר בשעת קידושין האמ״ל רק נתן סתם הוי מתנה וכ״כ בח״ר פ״ק דקידושין דף וא״ו עיין מ״ש לעיל סימן כ״ז ס״ג והנה בערך ש״י ליו״ד סימן כ״ה הבאתי שו״ת ר׳ מכ״ע וביארתי דבריו דלא אמרינן כשעת מציאתן כ״ז שלא נעשה דבר הגורם שישתנה החזקה דמעיקרא דכל מה שיש לתלות דנשתנה באיחור הזמן תלינן אבל כשידענו סבה שאפשר גרמה ההשתנות וא״כ חזינן שנשתנה ולא ידענו אימת אמרינן בכל דבר כשעת מציאתן וודאי בשעת הסבה נעשה כמו שנמצא עתה עיי״ש וא״כ כאן האמירה דקידושין היא הסבה שיתן לה כסף הקידושין א״כ כמו שנמצא טבעת הקידושין עתה בידה וודאי כן היה בשעת אמירת הקידושין אבל לומר דקודם אמירת הקידושין היה בידה כמו עתה ל״ל דהא לפני אמירת הקידושין לא ידענו משום סבה שיגרם שיתן לה ומוקמינן אחזקה דמעיקרא שלא יצא הטבעת מרשותו עד האמירה אלא דזה רק מכח חזקה דמעיקרא או מכח חזקה דהשתא כשעת מציאתו והרי האשה היה לה חזקת פנויה ואיתא בשו״ת מיימוני לספר נשים סימן ג׳ דגם בדבר שבערוה נאמן ע״א היכא דלא איתחזק איסורא עיי״ש שהוא תשובת הר״ם נמי וא״כ הכא דנגד חזקת פנויה יש חזקה מעליא מהימן ע״א שראה הנתינה לידה ממש בשעת אמירה ובשו״ת הרשב״א דהשני עדים לא ראו הנתינה בשעת אמירה לא מהני הידיעה שבא האתרוג מידו לידה דשמא נתן לה האתרוג לפני האמירה או אח״כ ולא דמי לעדי יחוד דליכא שום ספק וודאי בא עליה לשם קידושין ומחמת חזקה דא״א עושה בב״ז לכן הידיעה הוי כראיה וא״ל דנגד חזקה דמעיקרא דטבעת יש חזקה דהשתא וגם יש חזקת פנויה וכיוצא הכא תרתי והתם חדא כדאיתי׳ בריש פ״ק דנדה דף ב׳ ע״ב דלק״מ דהא כתבו תוספת שם בד״ה התם דדוקא במקוה משום דרגילות להתחסר מעט מעט איכא למימר דמעיקרא חסר אבל בנגע דרגילות להתחסר בבת אחת פחות מכגריס אמרינן השתא הוא דחסר ואוקי הנגע בחזקת שלם ביציאת כהן מן הבית ואדם הנכנס שם טמא ולא אמרינן הכא תרתי חזקת טהור גברא והרי חסר הנגע השתא.

א״צ דו״מ הנה כתבו הטעם משום דבכלל ד״מ הוא והר״ן פרק מי שאחזו כתב על התוספתא׳ שבר״יף שם נתייחד בפני ע״א שחרית ובפני עד אחד ערבית

א״ל

א"ל גט ומשום דגבי אישות דסייך בד"כ בבת אחת במיגן ועיי"ש וא"כ קשה דנלריך דו"ה כד"נ עוד הקשו ומסיא תוספתי' לר"פ דס"ל מקדש בע"א הל"ק וכ"ל לפימ"ב בגמ"י פחז"ה אהא דההוא. גברא דדר בקטתא דלא אמרינן מגו אלא במלתא דבתר דמהימן יהיב מגי פוב ליכא ספקא אבל במלתא דאף כי ביגא מגו אכתי איכא לספוקי אם לקחה המוכר מזה סמערער לא אמרינן מגו דלא מפיו אנו חיין כל כך להאמין לו משום מגו עד שנלטרך לצרר ספק אחד מדעתינו לקיים דבריו ולומר שהמוכר לו לקחה מן המערער וכ"כ המפרשים עכ"ל וה"נ נהי דנאמן ע"ה לר"פ לא עדיף ע"א ממגו דהא נאמן במגו כנד ע"א בשאינו ומשו"ל כדאית' בחו"מ סימן כ"ח סוף ס"א לכן לא נאמין לו כ"כ עד שנברר עוד ספק אחד מדעתינו לומר מדנתייחד ודאי בעל וא"א עושה בב"ז וקידשה בביאה והרי סברות הללו קלושין דגם בנתייחד לפני שני עדים א"ל גט רק מספק כדלקמן כיון קי"ל לא בנתייחד לפני ע"א גם ר"פ מודה דאתל"ק יכיון דנתייחד לפני ע"א לכ"ע אתל"ק תו אין לריך עד שני שנתייחד לפניו בערב לחוש לקידושין מפיס חזקה בעל וחזקה אינו עושה בב"ז דהרי קיין דאתרע אותן חזקות לגבי האי גברא לפי דברי עד הראשון דהא לא הוי קידושין וע"כ או דלא בעל או דעשה בעילת זנות ה"נ אפשר ביחיד השני יאין לתולאה ומחזקת פנויה.

ולפ"ז מה שכתב המחבר לעיל ס"ב דאפילו קדשה בפני ע"א וא"כ קדשה בפני ע"א זה שלא בפני זה אינה מקודשת ליכא למילף ומהא תוספתי' דלא נשנית רק בנתייחד ול"ל דבלא"ה סברא היא למאי דפסק המחבר דמקדש בע"א אתל"ק דהא דקי"ל ע"א מעיד על שהלוהו מנה היום וע"א מעיד שהלוהו מנה אתמול דמלטרפין משום דלא הוידי שניה בשניהם יבקנו דעכ"פ הד מהם קוטעא קאמר ולכן הי"ב מנה אבל הד מהם אפשר משקר ועיין קצו"ח סי' למ"ד סק"ה ונה"מ סימן ל"א סקק"א וא"כ לא כמאר לגו רק ע"א ומקדש בע"א אפילו וודאי אמת אין קידושין ועדיין קשה דהשא מקודשת מספק שמא קופטא מעיד גם השני אפילו האשה אינה יודעת כגון שהעידו שקבל אביה קידושין וכ"ם כשמודים האיש והאשה וכ"ל כמו בתיקן בתשובת מי"ב סימן כ"א כיון דעידי קידושין עידי קיין הן לא מלטרפי דלא בשחרית היה קנין כלל ולא בערבית עיי"ש ומ"מ ליכא ילפותא לזה מהתוספתי' וברמב"ם פ"י מה"ג ה"ז כתב המגרש אשתו וחזר ובעלה בפני עדים הר"ז בחזקת שהחזירה ולשם קידושין בעל ולא לשם זנות לפיכך הר"ז בחזקת מקודשת קידושי' ודאי נתייחד עמה בפני עדים והוא שיהיו שני העדים כאחד כריכה גט ומספק עיי"ש ומשמע דוקא אם לא ראו שבעל לריך שיהא בלא צירוף אבל בראו שבעל מלטרפין אפילו לא היו שני העדים ביחד ונהי דה"ל דגם בראו שבעל לריך שיעידו שניהם על מעשה אחד אלא דהעדים לא ראו זה את זה ובנתייחד לריך שיהיו רואין כאחד דהיינו שיראו זה את זה מ"מ הזינן דהדיכן מחולקין ומשום דמתוספתי' אין ראיה רק ליחוד וכמ"ש ומ"מ לריך טעם לחלק ונראה דהא דכתב שיהיו שני העדים כאחד היינו שלא יעיד אחד על יחוד בקר והשני על יחוד ערב. דהא מקורו מהתוספתי' דפ"ח דגיטין ושם מפורש כן א"כ י"ל דס"ל דלקידושין אין דינו בד"כ וכמו שהוכיח המ"ב שם אלא ס"ל לרמב"ם בבלוא ביחוד א"א נלרפם אפילו לעשות ספק קידושין

דומה דביחוד לפני שני עדים הוי ספק קידושין לף דיש חזקה פנויה ומשום חזקה אם בנעורת היינו דוקא כשי"ל דבעל וקידש דלא עשה ב"ז מלא"כ בנתייחדו ב"פ וכל יחוד רק לפני ע"א ע"כ יחוד ראשון לא היה אפשר לקדש דקי"ל מקדש בע"א אינו כלום א"כ אמרינן דלא בעל שלא יעשה בעילת זנות דהא חזקה דא"א עושה ב"ז אלים טובא לרמב"ם יותר ומחזקה דאם בנעורת דהא בבעל לפני שני עדים מקודשת ודאי ובנתייחד הוי רק ספק קידושין דשמא לא בעל וגם דהחזקה דאם בנעורת לא עדיף מרובא והוי רוב התלוי במעשה כיון דבאיקור הוא וממילא גם על ידי יחוד שני א"א לעשות קידושין נהי דלא ע"י לירוף הוין שני עדים על היחוד אבל על הבעילה ליכא לירוף דהא אמרינן בפעם ראשון לא בעל א"כ אאת"ל דבעל בפעם ב' אין קידושין ימבא"כ בבעל לפני ע"א בבקר ולפני עד שני בערב יש לירוף שני עדים על בעילה בפעם ב' ול"ל הרי בעל ב"ז בפעם ראשון דהא הרמב"ם אסברה לן שם דין י"ז דא"א עושה ב"ז משום דבידו לעשות בעילה מלוה א"כ י"ל דפעם ראשון לא היה בידו לעשות בעילת מלוה משום דלא היה מלוי לו רק ע"א לכן בעל בלא קידושין אבל בערב דכבר יש שני עדים על בעילה ע"י לירוף ובידו לעשות בעילת מלוה אמרינן דבעל לקידושין וא"ל משום דאין דרכו של הרמב"ם לכתוב רק מה שנמלא מפורש והא דלריך שיהיו העדים כאחד מפורש בתוספתי' לכן נקטו לענין כמו שהוא בתוספתי' דאין זה מספיק דא"כ ה"ל לסדר תחלה דין דנתייחד דלריך שיהיו השני עדים כאחד והדר יכתוב בראו העדים דבעל דאז היה אפשר לומר דגם בבעל בפני עדים מיירי כמו ברישא ול"ע כי לא ראיתי בשום מחבר שנתעורר בזה.

ויש לפקפק אף בבעל לפני ע"א שחרית ולפני ע"א בערב ילטרפו כיון דהלירוף נעשה רק בערב דלא היו בשחרית שני עדים ואפילו קידשה בשחרית אינו כלום נמלא עד ראשון אינו מעיד כלל על קידושין א"כ נהי דע"י לירוף יש שני עדים על בעילה אבל על קידושין רק עד שני והא מקדש בע"א אינו כלום וגם זה קשה על הר"ן דמאי ק"ל שילטרפו עדי היחוד דאין זה דומה ללירוף הלואה אחר הלואה כלל..

וג"ל לפימ"ש הר"ן בפרק המגרש אף דקי"ל עמ"כ וליכא רק ע"א מ"מ ע"י חתומה אנן סהדי דמסר לה הגט והוי כע"מ ה"נ כיון דע"י לירוף עדי יחוד ידענו דנתייחד עמה ואנן סהדי דבעל וא"א עושה בב"ז אנן סהדי דקידשה וגם האיש והאשה כיון דבפניהם שני ידעי דיש ע"י לירוף שני עדים ובידם לבעול בעילת מלוה ודאי היה בדעתם על קידושין כיון דע"י אנן סהדי הלין הקידושין וכל זה להר"ן דגם ביחוד וודאי בעל וודאי קידש אבל להרמב"ם דרק בבעל ודאי קידש אבל ביחוד הוי רק ספק בעל א"כ ל"ל ע"י לירוף עדי יחוד אנן סהדי דבעל וקידש דהא אפילו בנתייחד לפני שני עדים שהיו ביחד הוי רק ספק א"כ ל"ל אנן סהדי ולכן דוקא בנתייחדו לפני שני עדים ביחד הלריכו גט ומספק שמא בעל.

ועדיין קשה הא בהלואה אחר הלואה שכל אחד מעיד שהלוהו מנה ומלטרפין לחייב רק מנה אחת וע"כ דחיישינן דחד משקר א"כ לא ידעינן איזה מהם אמת א"כ הכא נהי דאנן סהדי דחד אומר אמת שמא עד ראשון מעיד אמת שבעל לפניו והשני משקר והרי כשבעל לפני עד זה בבקר לא היה עדיין לירוף

דלא

ולא חלו הקידושין ואיך כשבא עד שני אח"כ והעיד שבעל לפניו בערב יחולו למפרע קידושי בקר ורמב"ם כתב דהוי קידושי ודאי ואפשר ליישב עפימ"ש קצו"ח סימן למ"ד סק"ע.

ויותר נראה דכיון דא"א עושה בב"ז ודאי לשם קידושין בעיל גם לפני עד ראשון אף דאין קידושין בע"א עכצ"ל דטעה וסבר דמהני או אפילו לא טעה מ"מ אינו דומה בועל שלא לשם קידושין כלל דזה ודאי ביאת זנות משא"כ אם לשם קידושין בעיל אף דלא מתקדשה בזה מ"מ הוא שלא לשם זנות בעיל וכן משמע מנודב"י א"ח סימן מ"ה שכתב בראובן שסדך בתו קטנה והלך למדה"י ובאים אמה ואחיה להשיאה דמותר לברך אף לדעת הפוסקים שאינן קידושין כלל ואפילו מיאון א"צ ואפילו נתרצה אביה אח"כ מ"מ כיון דהוי קידושין לענין דלא הויא אלא בזנות ומותר לקיימה דלא הוי כפנויה אין הברכות לבטלה וא"כ כיון דע"י צירוף העדים אנן סהדי דלשם קידושין בעיל פעם אחת עכ"פ שפיר מקודשת למפרע דהא דמקדש בע"א אינו כלום היינו אם לעולם ליכא על ידי העד אנן סהדי כיון דע"א לא האמינה תורה אבל כאן דאנן סהדי דלשם קידושין בעיל שפיר הוי קידושין משא"כ אם נתייחד לפני ע"א בבקר ולפני ע"א בערב אף דע"י צירופן אנן סהדי דנתייחד מ"מ כיון דאין קידושין בע"א שמא לא בעיל דלא רצה לבעול אם ליכא קידושין גמורין לפני שני עדים כיון דאפי' נתייחד לפני שני עדים אינו רק ספק בעל משום דאז יש מקום יותר להסתפק משום דאם בנעורת ובידו לבעול שיהא קידושין באמת שנתחרט על מה שגרשה ורוצה שתהא אשתו ואגידה בו כדמעיקרא ועוד הא דבעדות מיוחדת מצרפין בד"מ אינו ודאי גמור דהרי בד"נ לא מהני צירוף ועיין תשב"ץ ח"א שכ' ע"ז דכיון שכל עד אינו יודע בעדות חברו יש לחוש קלא דשניהן משקרין וא"כ כיון דלרמב"ם אפילו נתייחד לפני שני עדים שהיו ביחד ליכא רק ספק בעל מסתיין כשהיו העדים ביחד לעשות ספק ובתומים סימן למ"ד סק"א נסתפק אם עדות מיוחדת בממון מצטרפין מד"ת ונה"מ בסימן מ"ו כתב בשם תומים דרק מדרבנן מצטרפין.

ודברי הרדב"ז הנ"ל מבואר ברא"ש פרק שני דקידושין סימן ה"ת עיי"ש ועיין ב"ש לעיל סימן א' סק"ד ובד"מ שם כתב דגם הרמב"ם הכי ס"ל ובעלי אחים שם כתב דהא דבקטן שכנסה כתב הרמב"ם דהוי בזנות הינו משום שאינו ראוי להוליד אבל זולת זה מודה דאינו בזנות אף דאין קידושיו קידושין כיון דמ"מ דרך קידושין היא אצלו.

ומ"ש לעיל כיון דע"י צירוף העדים אנן סהדי דלשם קידושין בעל פ"א שפיר מקודשת למפרע נראה ראיה לזה מדברי הרא"ה שבריב"ש קל"ג והסכים עמו ותשובת מיימוני שהביא הב"ש לעיל ס"ק כ"א דאם דר עמה כאיש ואשתו ולא היו עדי יחוד י"ל דהוה כעדי יחוד ובשו"ת סי' כ"ב הקשה נהי דהוה כידוע שבעל אותה מה בכך שאנו יודעים שבמשך הזמן בועל אותה אבל קידושין צריך עדות בשעת קידושין ועל איזה שעה יועיל מה שאנו יודעים שבודאי בעל אותה ואין אנו יודעים באיזה זמן עיי"ש מה שתירץ וכבר השיגוהו הגדולים על תירוצו כמבואר בשו"ת הרא"ם ס"ג ובשו"ת גאוני בתרא"י חא"ע סימן ל"ה הביא ראיה להרא"ה ותשובת מיימוני ממ"ש תוספת ביבמות דף מ"ה ע"ב בד"ה מי לא טבלה לנדתה דהקשו תוספת הא גר צריך שלשה ותרצו כיון דידוע לכל שטבלה כאלו עמדו שם דמי עיי"ש הרי אף דבשעת טבילה לא ראה שום איש וצריכה שלשה אנשים מ"מ כיון שידוע אח"כ דודאי טבלה באיזה זמן הוי כעומדו שם בשעת טבילה וכן הרא"ה ותשובת מיימוני ס"ל כיון דידוע דבאיזה זמן בעל אותה אף שבשעת בעילה לא נודע דהא ליכא עדי יחוד מ"מ הוי למפרע כאלו היו עדים בשעת בעילה.

ובירושלמי ריש סוטה קינא לה בע"א שסתרה ובע"א בין ערבים מאחר שהוא איש והיא אשה אין קינויו קינוי או יוצא כהדא אין מקבלין את העדים אלא אם ראו שניהן כאחת ריב"ק אומר אפילו בזה"ז וכתב הב"י בשו"ת סימן למ"ד דירושלמי השאיר בספק והגיה אף שהוא איש והיא אשה דלאותה אשה שקינא האיש בשחרית קינא אותו איש בערבית עיי"ש ודחוק דודאי אם אין זה האיש או זאת האשה אצ"ל דאין קינוי ונראה דהכוונה מאחר שהוא איש והיא אשה וכתיב כי יקח איש אשה ומצא בה ערות דבר וילפינן דבר דבר לצריך שני עדים א"כ ה"נ כיון דהוא מילי דאישות צריך שני עדים ובכל פעם לא קינא רק לפני ע"א ואין אחד יודע מחברו שמא שניהם משקרים או תליא בפלוגתא דת"ק וריב"ק דבממון מצטרפין וה"נ כממון דמי ועכ"פ כיון דעלתה בספק י"ל מש"ה בנתייחד לפני ע"א והדר בפני ע"א כיון דאפילו נתייחד לפני שני עדים ביחד אינו רק ספק בעל לכן בצירוף דהוי ג"כ ספק אם מצטרפין הוי ס"ס משא"כ בבעל לכן בבעל כתב רמב"ם בעל לפני עדים ולא ביאר דצ"ל ביחד לכן סיים דהר"ז בחזקת מקודשת ודאי וצריכה גט דקשה אם מקודשת ודאי אצ"ל דצ"ג אלא דאם ראו השני עדים ביחד מקודשת ודאי וע"י צירוף עכ"פ צ"ג.

מצאו כתוב בספר רבב"א בה"א סימן אלף ר"א כתב דשטר קידושין שנכתב שלא מדעת האשה נראה שנתקדשה בכסף לפניהם פסול מגזה"כ וב"ת הקשה מפ"ק דקידושין ט"ת ע"ב ובפרק הנושא דנדחק הש"ס לאוקים מתניתין דאין כותבין שטר אירוסין אלא מדעת שניהם או כרב גידל ונפשט דנתנו לכתוב או כהאומר ששטר שמתקדשת בו פסול כשנכתב שלא מדעתה הא לא נפשט מידי די"ל דשטר אירוסין היינו שטר ראיות קידושין שנעשה בפניהם עיי"ש ולק"מ דמבואר בכו"ב חא"ע סימן כ"א דב"ד יכולים לכתוב ובנה"מ סי' ל"ו וקצה"ח סי' רכ"ג הביאו אותו והסכימו לדבריו דא"צ דעת האשה וא"כ איך פסיק ותני דאין כותבין שטר אירוסין אם איירי בשטר ראיה הא בשלשה יכולין לכתוב בעל כרחם דאיש ואשה לראיה ומוכרח דמיירי בשטר שמתקדשת בו דגם ב"ד אין כותבין דמקשינן ויצאה והיתה או בשטרי פסיקתא משום דניחא להו שתהא כמלוה ע"פ ולא כמלוה בשטר כמו שפרש"י וא"כ גם ב"ד של שלשה אין כותבין בע"כ.

בשו"ת דברי ריבות סי' קפ"ו כתב בשטר קידושין שיש בו זמן כיון שאין ראוי למוסרו לבעלים דדילמא מסקי לזמן אם תזכה כדי שיחפה עליה הוי כפנקס בעלמא ולא כנחקרה עדותן בב"ד ופסול דהוי מפ"כ כמ"ש הרי"ף בפל"א והרמב"ן והרשב"א מעידים שדעת הרי"ף כדעת הראב"ד והרז"ה דבשאר שטרות כיון שבשעת חתימת שעדים חתמו כדי להניחם ביד בעל השטר הוי כנחקרה עדותן בב"ד אבל הכא שא"א להתעכב ביד המקדש או המתקדשת ויכולים לכתוב אותו

אותו חשוב מפ"כ את"ד והנה בשו"ת הרשב"א הנ"ל נ"ל דמיירי בלא נכתב בו זמן ובד"ר סי' רכ"ז כתב דשו"ת הרשב"א הנ"ל דמכשיר בנכתב וידעה המתחייב ומיירי שמעידים בע"פ שחתמו ודעת המתחייב ואב"מ תמוה דא"כ מה נעשה בכל השטרות מוקח והלואה שמתו העדים או הלכו למדה"י ולא העידו בע"פ ואגב שיטפיה כ"כ כי הד"ר לא כ"כ רק בשטר קידושין ומ"מ לא כ"ל דברי הד"ר דהתם בפד"א דאמר ומפני מה לא תקנו זמן בשטר קידושין משום זנות משום דסיכא ליכחיה אם יניחו השטר אלל האיש או האשה מתקי לזמן אם תזנה ואם יהא אלל העדים דלמא לא דכירי ויעידו מפי כתבם בזה שפיר כתבו ר"ף וש"פ כיון דאם יתקנו זמן ע"כ יתקנו שיהא מונח אלל העדים חשוב מפ"כ אבל ומאחר שלא תקנו זמן אף שכתבו זמן מעלמם מ"מ רשאים להניחו אלל האיש או האשה דמה אכפת אם ימחקו הזמן הא לא לריך והרי קנין דמסרוהו ליד איש המקדש או המתקדשת ואפשר אפילו אי הוה תק"ח לכתוב זמן לא אמרו דהוי מפ"כ רק כשעשו כתק"ח שנשאר השטר ביד העדים אבל השתא הכא שנתנו השטר ליד בע"ד לא"ח כלל ומפ"כ וכ"ש עכשיו דלא תקנו כלל זמן ונמסר ליד בע"ד ואגלאי למפרע דאדעתא דהכי נכתב אף דכתבו זמן ואפשר שימחוק הזמן מ"מ כתבו זמן דכ"מ אם לא תזנה ותקבל קידושין אח"כ או קודם או הבעל לא יחפה עליה כשתזנה שו"ר בקלו"ה סי' ס"א בק"א דחה ג"כ דברי דה"ר ונתיצות שם דעתו כהד"ר ובתשובת נתיבות תו"ק דברי עלמו.

במהרי"ק שרש ע"ד יש תשובה מקדמון אחד דשטר קידושין חתום בעדים אפילו לא נתקיים והע"א אומרים לא חתמנו אין מרעין לשטר מן התורה משום דד"ת עדים החתומין על השטר כמי שנחקרה עדותן והביא כן מירושלמי פ"י דשביעית וכ"כ בהידושי ר"ן פרק איזהו נשך דף ע"ב בשם רמב"ן דהירושלמי מיירי באין כת"י יולא ממ"א ובש"ך סי' מ"ו סק"ג הביא נמי מתשובת מיימוני קפר שופטים סי' י"ב ור"ן בר"ה וכמ"י פא"כ והדבר תמוה וכי מפני דמה"ת א"ל קיום דלא חלוף איכא לזייף לא יהיו עדים נאמנים וכשמעידים על אחד שעשה נהרג ע"י כמו שתמה בתומים שם.

ונ"ל משום דמן התורה לריך עדות שאתה יכול להזימן הרי דלא האמינה תורה לעדים כשא"א להזימן והזימה לא שייך רק כשמעידים על מעשה שנעשה דיתבן שנעשה במקום פלוני וביום פלוני ואפשר להזימן הלא עמנו הייתם במקום אחר אותו יום אבל לא חתמנו כ"ש בה הזימה אבל ע"ה שעל השטר אם כתוב בו זמנו כתבנוהו שייך בה הזמה ואפילו להרז"ה דאין נכנסין בבאמר זמם מ"מ ע"י הזמה נפסלין כדאית' בפ"ק סי' ל"ח ואף דמסכחת שיבואו עדים ויאמרו ראינו שחתמתם על השטר אין זה הזמה רק הכחשה ותרי ותרי קי"ל כל כת בחזקה בפ"ע ומעידה כדאית' פחז"ה דף ל"א לכן לא מהימנו מן התורה לומר לא חתמנו משא"כ כשמעידין על איש שעשה דאפשר להזימן האמינם תורה ולפ"ז נראה אם לא נכתב בשטר זמנו כתבנוהו דאזי א"א להזימן דאם יאמרו שהיתון באותו יום הכתוב בשטר עמנו הייתם י"ל אחרנוהו רק מדרבנן כשר כדאית' בסנהדרין ר"פ אד"מ א"כ כשאמרו לא חתמנו נאמנים מן התורה כיון דגם ע"ה שבשטר א"א להזימן. אבל משום דמדרבנן לריך קיום איכו פסול רק מספק אך בקידושין נ"ל דאחרוהו וכתבוהו דשט"ה מאוחר כשר ומשום

דהורע כחו של מלוה שלא יגבה מלקוחות שקנו קודם אבל בשטר קידושין כ"מ בזמנו אם קבלה קידושין לפני זמן הכתוב בו ומאחר אם זינתה אלא אם לא כתבו זמן כלל א"א להזימן ואזי י"ל אם אמרו הע"ה לא חתמנו מהימנו.

ס"ה בפס"ע דרבנן דעת הרי"ף דאין קידושין כלל משום דכל מקדש אדעתא דרבנן מקדש ומ"פ חלקו עליו וס"ל דהוי קידושין ולריכה גט כדכתב המחבר כאן ובשו"ת בשמים ראש תשובה לקדמון אחד שמו ר' אליעזר בר' יואל הלוי ואפשר הוא ראב"י הנזכר בפוסקים כתב דהמקדש בפס"ע דרבנן דעתו נוטה שאין זה כמו גזרה דרבנן אלא דחכמים הדר ודקו בהכי אינשי דלא מעלי ותו כיון דקי"ל דבעי הכרזה ואינהו קמבזי נפשם ואין חוזרים בהם אזינן דעבדי טובא בשביל ממון ואפילו להחזיק בממון ולהשביע על ידם לא חשו חכמים לעדותם לכן הוי פסולי דאורייתא כרשע דחמס אלא שכתבו בשם תשובת הרי"ף ז"ל דחשש להוי ונראה דה"ד בשניהם מודים לא זולת ואף בזה אין דעתי נסכמת דע"א נ"מ אפי' תרוייהו מודי אף דקס הוא לשבועה והנהו אפילו לשבועה לא קמו ואם איתא נמי דרבנן הוא דהכהנו בו מנהג פסול ה"ל לתקופי כחם כעד אחד ויבטע הוא נגדם את"ד ול"ע דהא תשובת הרי"ף דאין הקידושין כלל ואפשר נמי דלהלכה כתב דאפקיענהו רבנן לקידושין מ"מ למעשה השם כששאל על מעשה כמלא דיש חילוק בין פס"ע דרבנן מחמת אומנתם והימוד ממון ובין פס"ע דרבנן מחמת קורבה כגון בקרובי אישות מחמת אמם דכתב הניצ"ת חא"ע סי' נ"ו דלכ"ע רק מדבריהם פסולין דבזה לא אמר ראב"י ובפס"ע מחמת עברה שנפסלו מדרבנן יש חילוק בין שניהם מודים או לא לאותו תשובה שהביא הראב"י וכ"מ בנתקדשה לראשון בפס"ע דרבנן מחמת עברה והדר נתקדשה בפס"ע דרבנן מחמת קורבה דאישות ומחמת אונס או כשנתקדשה שתי פעמים לפני פס"ע דרבנן מחמת עברה אלא דאין מודים בקידושי ראשון דבכ"ז ליכא לפוטרה בלא גט מן הספי במו"כ.

סימן מ"ג

ס"א קטן שקידש במל"מ פ"ד מא"ה ה"ז נסתפק בקטן שקידש שיחולו הקידושין לאחר שיגדיל כיון דמן מגילה קאתי אי מהני והביא פי' רב"י מיבמות דף נ"ד בקידש יום אחד לפני שנת י"ג שיחול כשיגדיל דמהני ונתקשה למה דוקא יום אחד ונראה כהי דמן מגילה קאתי מ"מ מיתה שכיח ואינו ברשותו שיחיו אז אך ומיתה דחד יומא לא שכיח כמ"ש תו' בפ"ק דיומא דף י"ג והא דהאומ"ל לאחר ל' מהני משום דבידו לקדשה עכשיו.

ד"א תקנו רבנן נשואין לקטן כתב מהרי"ק שורש ל"ב ר' נתן המכירי שאל לרבינו ילחק בר' יהודא בן י"א שנה שקידש לו אביו אשה בטבעת ועדים אם יולאן אם לריכה גט והשיב שלריכה גט שמלינו בכ"מ שזכין לאדם שלא בפניו ובראב"ן דף קמ"ג הובא באב"מ הלשון שלריכה גט משום שזכין לאדם שלא בפניו וזה גלוי הוא שזכות הוא לאדם שמקדשין לו אשה הוגנת עכ"ל ומהרי"ט ח"ב סמ"א הביא כמה ראיות מהש"ס דלא כותיה וכן בגו"ב ולפימ"ש תה"ד ק"ס קפ"ה דמידי דלריך שליחות לא אמרינן זכין שלא בפניו אלא אם אנן סהדי בשעת מעשה אם הוי ידע הוה ניחא לו וכתבתי לעיל סי' ל"ה ס"ג דאם הסברא נוטה יותר

יותר דזכית הוא לו עושה עכ"פ לספק והנה איתי
במרדכי הובא בד"מ סי' ל"ז אף דלדין הש"ס אסור
לקדש בתו הקטנה עד שתגדיל ותאמר בפלוני אני
רוצה מ"מ האידנא דאנן מעוטי עניים חיישינן שמא
יקדימנו אחר וכ"כ רמ"א שם ס"ח די"א דנוהגין בזמן
הזה לקדש בנותיהן הקטנות משום שאנו בגלות ואין
לנו תמיד סיפוק כדי לתכי נדוניא גם אנו מתי מעט
ואין מולאין תמיד זיוג הגון וכן נוהגין עכ"ל ואם כן
אין שום קושיא מהש"ס דאז לא היה דבר גלוי שזכות
הוא לו לאדם שמקדשין לו אשה הוגנת כיון דבניקל
נמלא זיוג הגון אפשר אם היה גדול היה מדייק
ונקיב אחרת מגמ"כ עכשיו דאין מולאין תמיד זיוג
הגון והאב ודאי עושה כל עלדקי לטובת בנו ושמא
אם ימתין עד שיגדיל לא יזדמן לו זיוג הגון כזו
ושמא יקדמנו אחר באשה זאת וכמ"ש שזה גלוי הוא
שזכות הוא לאדם שמקדשין לו אשה הוגנת לכן הלריכה
גבי ומה שהקשה ר"י בנו של הנו"ב והובא בנוב"ת
סי' עין מזיר דף י"ב דכל מידי דאיהו לא מלי עביד
לא מלי משוי שליח מיושב שפיר במה שכתבתי לעיל
סי' ל"ה בד"ה לפרכה מן התוס' גיטין דף ס"ז ע"ב
דהיכא דעשה שליח גרע דאז אם לא מועיל מדין
שליחות לא מהני מגמ"כ כשלא עשה שליח מהני
שפיר מטעם זכין לאדם שלא בפניו ואם נאמר דלאו
קידושי ודאי הן רק ספק ל"ל דק"ל לרי"ל גם בספק
י"ל זכין שלא בפניו כיון דמשום שמא יקדמנו אחר
טרם שיגדל הוא ובנתקדשה לו מספק אגידא גביה
דלא תתקדש לאחר בלא גט ממנו וגם אחר לא יקדשה
כיון דלריכה גט ואפשר ס"ל לרי"ל דודאי זכות הוא
כמו שנראה לבונו שכתב וזה גלוי הוא שזכות הוא
לאדם שמקדשין לו אשה הוגנת והכי מסתבר דלא
על חנם קידש לו אביו אשה בקטנותו אלא דדייק
לטובת בנו שאשה זו הגונה לו ושמא יקדמנו אחר
ומ"מ מאחר שכשיגדיל מגואן בה י"ל דנעשה ספק
דשמא יש ברירה והוברר למפרע דאין דעתו ולכונו
בה ומה דנקט בנבעת יעדים נראה דאם ליכא רק
עד אחד אף דלכ"פ חוששין לקידושין מ"מ בכה"ג
דליכא רק ספק אפילו בשני עדים אין חוששין בע"א
דהוי ס"ס ובנבעה נקט דאם קידשה בדבר מאכל
וכבר נאכל או במעות דקמאי לסולאין לא היה חושש
לטעם שני שמא נתרלה אחר י"ג שנים דבפרק יש
בכור דף מ"ט בפודה בנו תוך ל' ונתאכלו המעות
דק"ל לבמאל דאין בנו פדוי כיון דאין בידו לפדותו מ"ד
וה"נ דבקטנותו אין בידו לקדש מנכסיו לכן נקט
נבעת דהנכ"ע היא וקתגא יעכה בידה כשהגדיל
ונתרלה.

ובשו"ת מהר"ם אלשיך סי' ד' כתב דקשו על
הרי"ב שאין זה זכות דאוסרו בקרובותיה
ואף דהה"מ בפ"ד מזכיה כתב דלאו חוב גמור הוא
דרולה הוא לישא אשה זו וליתסר בקרובותיה מליסב
בפל דמלוה קעביד ה"ד בגדול אבל קטן דלאו בר
מליה הוא הויא ליה חוב גמור דמיתסר בקרובת שלה
ולא עביד מלוה ומברה נמי קעביד עכ"ל ולפימ"ש
דהשתא זכות היא לו ובשו"ת מהר"י מינץ סי' ב'
הביא לשון הג"ה בסמ"ק על הא דרב דאסור לקדש
בתו קטנה דהני מילי בזמנם שהיו ישראל מרובים
במקום אחד אבל עתה שאנו מתי מעט רגילין לקדש
אפילו כשהיא קטנה שמא יקדמנו אחר עכ"ל וא"כ
גם בקטן כתי דאינו בר מלוה זכות הוא לו שמא
יקדימנו אחר ולא ישיגה כשיגדיל ויהא בר מלוה
ובספר מתוק קושית חתנו של הנו"ב בסי' ק"ג למה
תקנו כשואין בחרש הרי יכול להיות בו קידושי תורה
ע"י פקח גם ככל גדול הוא דהרש כשם שכונס כך
מוליא והרי משכחת שכונס ואינו מוליא אם קידש
לו אחר דהוי קידושי תורה עיי"ש ולפימ"ש א"ש
דבחרש דאינו בר מלות שפיר הוי לו חוב דמתסר
בקרובותיה דאף דאינו בר מלות ובר עונשין מ"מ
אסור להאכילו איסור כדאיתי בהה"מ פ"פ ומה"ש הובא
בבי' א"ה סימן רס"ו ובפתיחה כוללת להפרמ"ג על
א"ח ריש א"ס ובחרש ל"ל שיהא לו זכות משום
דתהא מוכנת לו כשיהא בר דעת דהא בר"פ חרש
מבואר דלא אתי לכלל דעת וכן הוא בר"פ מי
שהשיך ואע"ג דהר"ן בפרק השולח כתב מכאן כ"ל
דמאי דקי"ל זכין לאדם שלא בפניו כל שהדבר בעלמו
זכות אע"פ שנמשך ממנו חוב זכה וקנה אף שהחוב
יתר על הזכות הא קיים שם דאפשר להוות ובנה"ך
יו"ד סימן קס"ב כתב דדוקא אם החוב אינו בא
מיד עיי"ש.

ומהר"ם אלשיך שם הקשה על הר"ן מפ"ק
דקידושין דף י"ט דמייתי ברייתא איש
אשר ינאף א"א פרט לאשת קטן ורלה הש"ס להוכיח
דמייעד אדם לבנו קטן ודחי' ר"א דמיירי ביבם בן
ט"ת ואם אב יכול לקדש אשה לבנו קטן הרי
משכחת אשת קטן בכה"ג וכן מהרי"ט סימן מ"א
ושאר פוסקים תפסו על הר"ן מזה ולע"ד י"ל
בפשוט דהא כל טעמו של הר"ן דאשה הוגנת זכות
לאדם ואיתא בפרק הפ"ה דף כ"ט בהא דר"ש
הקולי נשאר שותק בברכת המניס שתים ושלש שעות
ופריך למה לא סלקוהו ומתרן אביי גמירי טבא לא
הוי ביבא ואף דרבא פליג שם נראה דודאי לא
יחלוק לגמרי על קבלתו של אביי אלא דק"ל דגמירי
על כל הרוב טבא ל"ה בישא ויזדמן על כל המיעוט
לכן הוכרח להרן הא דלא סלקוהו משום דמתהיל
בה דאל"ה כיון דהזיכן ריעותא ורגל"ד יש להוש
למיעוטא וכמו לענין רוב בהמות כשרות אם איגע
ריעותא ורגל"ד לא סמכינן ארובא עכ"פ חזינן דהאי
גמירי דטבא ל"ה בישא לענין דיכא אתמר ולהכי האי
קרא דאשר ינאף דכתיב מות יומת הנואף והנאפת
דזינתה בכלון אגלאי למפרע דאינה טובה א"כ ל"ל
זכין לו שלא בפניו ואינה אשתו וכ"ש כיון דכל
הזכות אינו בשעת קטנותו דאינו בר מלוה אלא
שיהא לו אשה הוגנת כשיגדל וכיון שזינתה טרם
שנגדל הרי אינה הוגנת ואדרבה אם היו מועילים
הקידושין היתה נאסרת עליו.

וצ"ע מקפ"ק דקידושין דאסבי' אפילו ל"ג כל ימיו
ומלד באחרונה איבד את הראשונות שנאמר
לדקת הלדיק לא תלילנו ביום פשעו ומוקי לה כ"ל
בתוהא על הראשונות והא גמירי טבא ל"ה בישא
י"ל גם לאביי מיעוטי דמיעוטי יזדמן אלא דלמיעוטי
דמעוטי ל"ה כדאיתא בע"ז דף ל"ד ע"ב אפילו לר"מ
לכן גם כשהזיכן ריעותא לא חיישינן ולרבא מיעוט
יזדמן.

וצ"ע בהא דנחלקו הפוסקים ביו"ד סימן ב' בשוחט
שהמיר אם חוששין על שחיטתו למפרע ולא
העירו מהא דאביי דגמירי דטבא לא הוי בישא דדוקא
לומר דרבא פליג על מה דגמירי ובהל' יות עולם
שער ב' כתב כל היכא דאיכא גמירי רולה לומר
מסורת בידינו ממשה בסיני ובקס"י בהלק מדות
חכמים כתב דאיכא גמירי שאינן הלל"מ אלא מסורת
מרבותינו עיי"ש מ"מ דחוק דרבא יפליג זה לגמרי.

וצו"ק

ויע"ק דבעד זומס דפליגי אביי ורבא אי למפרע נפסל. וגם אביי מודה דאינו נפסל רק משעה שהעיד ולמה לא יפסל למפרע כיון דלאביי גמירי דטבא ל"ה בישא וצ"ל דשאני עדות דתורה לא פסלה רק משעה שנתברר שעבר בפועל מעשה שנפסל בה דכהי דאגלאי למפרע דלאו הוה טבא מ"מ י"ל דלא עבר בפועל רק ילר מהבבות לבו רע או עבר רק עברות קלות שאין נפסל בהן ומקלות בא לחמורות כדאיתא בסוכה דף כ"ב ודרכיה דרכי נעם דאם יפסל עדותו למפרע יהיו כל קידושין וגיטין שנעשו בעדותו פסולין למפרע אבל לנידון זכות באשה הוגנת ודאי י"ל אגלאי למפרע דלא היתה טובה ומעותדת להרע והיא ממולא אני אבא וכו' ובירושלמי פרק היו דורשין איתא דדרש רע"ק טוב אחרית דבר מראשיתו בזמן שהוא טוב מראשיתו אזי טוב באחריתו וזה כסברת אביי דטבא לא הוה בישא ולרבא צ"ל דסתמא דמלתא הכי הוא רק על פי רוב.

עוד הקשה רמב"ח ומהרי"ט גם מב"ב דף קכ"ו דאר"כ אמר שמואל בודקין לקידושין ולגירושין ופריך כיון דבדקוה לקידושין למ"ל למבדקיה לגירושין ולמה לא מבעי כשקידשה לו אביו אבא דמקודשת מן התורה וא"ל בדיקה רק לגירושין וכתב הב"ח דמוכח ברור דליכא אבא קידושי תורה וכ"ל דבגיטין דף ס"ה ס"ל לר"י אמר רב אסי בקטן דנותנין לו אבן ומהירו זוכה לאחרים ובמואל ס"ל דאינו זוכה לאחרים ופריך אשמואל דפודין מע"ב ע"י שפחה שלא הביאה בתי שערות וכתב בחידושי ר"ן מאי קושיא כיון דרבה נותן לה המעות לעלמא זוכה וי"ל דלשמואל כיון דס"ל דאינו זוכה לאחרים משמע דס"ל שאין זכיה לקטן מן התורה וכיון שפודין מע"ב אלמא זכיה אית לקטן מדאורייתא והובא בקה"י באה"ד אות ז"ין ובר"ן על הרי"ף כתב דתוס' פסקו כר' אר"א ולא כשמואל וא"כ לשמואל דלית לו זכיה מה"ת אפילו בדעת אחרת מקנה אותו ה"כ אין זכין לו שלא בפניו דהא הא דקטן זוכה בד"א מקנה לו היא משום דזכין לו שלא בפניו כמ"ש הה"מ פכ"ע ממכירה וכמ"ש בביאורו קלו"ה בסימן רמ"ג סק"ד וביו"ם בהה"מ דדעת הרמב"ם דזכין לקטן שלא בפניו או בדעת אחרת מקנה הוא מן התורה.

סימן מ"ד

ס"א וקידש עיין ב"ש סק"א ואב"מ ועת"ם לקמן סעיף י"ב.

ס"ב קלובה הרבה וה"נ אם האשה דעתה קלובה הרבה דהיישין לקידושין ומותר לדור עמה כדלעיל סימן א' ס"ג בסת"ה וב"ש ובסימן ל"ז סי"ד ואם מותר לגרשה עת"ם לקמן ר"ס קי"ט דמותר מדעתה אם לא כשתמית יותר ונשמעת קידושין ועיין הב"ש סימן א' סקכ"א איזה משתנה.

ס"ד וי"א שאיילנות ודאי א"מ כן הוכיחו מסנהדרין דף ס"ט דרלה ר"י להוכיח דאזלינן בד"כ בתר רוב מהא דתניא בת ג"ב מתקדשת בביאה ואם באו אחרים עליה מומתין ע"י ודלמא איילנות היא ואדעתא דהכי לא קידש ומשני בדקבלה עליו הרי בדלא קביל עליו הוי קידושי טעות בלא הכיר בה וילע"ע ומאי הועיל בדקביל הא בפרק הזהב דף כ"א א"ר ע"מ שאין לך עלי אונאה י"ל עליו אונאה דלא ידע דמחל ומינה יליף הרמב"ם בפ"ע ממכירה וטוש"ע בחו"מ סימן רל"ב דהה"ד במום עד שיאמר יודע אני

בו מום וע"ש שאין לך עלי ועיי"ש בפרישה ודרישה וא"כ ה"נ בקטנה דלא ידע מה מועיל קבלתו ודוחק לומר דבסנהדרין מפני כן איצטריך לשמואל דא"כ הל"ל הכיחא לשמואל אבל לרב מא"ל ועוד למה פסקו הפוסקים כרב כיון דסתמא דש"ס בסנהדרין גם כשמואל לכן מזה אפשר אדרבה ראיה לדעה ראשונה שסוא הרמב"ם דמקודשת ומשום דסתמא לא קפיד ואף דבשאר מומין לא אמרינן הכי לעיל סימן ל"ט ס"ה יש לומר דבשלמא במומין כהי דאם באיזה זמן לא תתקבל עליו מחמת המום יכול לגרשה ולמה יקפיד לבטל הקידושין מ"מ שמא ברוב ימים אחר שיהא לו בנים ממנה תמאם בעיניו מחמת המום ולא יוכל לגרשה מחמת הבנים כדאיתא בעירובין ר"פ מי שהוליאו לענין אשה רעה משא"כ באיילנות דאינה יולדת למה יקפיד לבטל הקידושין אולי יהא ערב לו המקח ואם אח"כ לא תתקבל עליו יגרשה וא"כ י"ל בשלמא באונאה או מום במקח דסתמא רוב העולם מקפידין אמרינן אף דזה קיבל עליו משום דלא ידע ואלו ידע לא היה מוחל משא"כ באיילנות דלרמב"ם עפ"י רוב לא קפיד שפיר י"ל אם קיבל עליו מהני ואף דלאחר שיתוודע לו מקפיד אמרינן השתא נשתנה דעתו ובשעה שקיבל עליו גמר בלבו וכה"ג מחלק הב"ח בסימן רל"ב ס"ז בין אונאה למומין והס"ך דדחה דבריו היינו דבמומין כמי סתמא מקפידין כמו באונאה כמבואר ברמב"ם וטוש"ע גם אבל באיילנות לרמב"ם דסתמא אין מקפידין שפיר י"ל כמ"ש והא דפריך למה מומתין ע"י שמא איילנות הוא היינו שמא כשתגדיל ותהא איילנות יקפיד הבעל וגיד כמ"ש הר"א מבורגיי"ל בתוס' ריש יבמות ובזה י"ל גם רמב"ם מודה כיון דחזינן דמקפיד איגלאי למפרע דלגביה מק"מ הוא אבל כשקיבל עליו כבר מו ל"מ הקפדתו אח"כ לבטל הקידושין למפרע.

אך י"ל דלרמב"ם אין הקידושין בטלין אף דקפיד כשנודע לו והא דפריך שמא איילנות ה"ע כהי דרובא דאיכא אין מקפידין מ"מ אם בד"כ לא אזלינן בתר רובא ה"נ י"ל הא' גברא מהמועט וקפיד ואדעתא דהכי לא קידש וא"ל דא"כ נימא לעולם בד"כ לא אזלינן בת"ר אבל כאן הרי רובא הן חדא דרובא לאו איילנות וחדא רובא לא אכפת להו שיחולו הקידושין באיילנות ד"ל כיון דבכל דוכתא אזלינן בתר רובא ובד"כ לא משום דכתיב והצילו העדה ל"ש אם הוא תרי רובא או חד רובא דמ"מ אפשר כזדמן המיעוט דכמו דכתב הרא"ש הובא בשעה"מ בפ"י ממוקואות ובפר"ח יו"ד סימן ק"י בכללי ס"ס דס"ס הבא בספק מגוף אחד וספק מגוף אחר לא מלטרפי להיות ס"ס ה"כ רוב אחד בהאשה דאינה איילנות ורוב אחד בהבעל דלא קפיד לא מלטרפי לסייע זה לזה להסלים המיעוט כיון דכגד כל מיעוט ליכא רק רוב אחד המנגדו ובפ"ק דחולין דף י"א מוכיח דאזלינן בתר רוב ממכה אביו והמו דדלמא לאו אביו הוא אפילו חבושין בבית אסורים דאין אפטרופס לעריות והרי זנות לא שכיח אפילו שלא בעדים כשיובבת תחת בעלה כמ"ש הרא"ש ר"פ כתובות בא"ס ז' ועתוס' גם סד"ה שאם וא"כ יש תרי רובא אע"כ אם מן התורה לא מהני רוב הה"ד תרי רובא.

ועב"פ להי"א דאיילנות ודאי א"מ ל"ע כשקדשה קטנה וקיבל עליו דמוכח מסנהדרין גם דמקודשת וכ"כ התוס' בריש יבמות למה יועיל הא לא

לא ידע דמחיל ואפשר שאני בממון דכיון דלא ידע הוי אסמכתא דסומכה דעתו שלא יהא בו מום או אונאה וכמ״ש המב״ע ח״מ סימן קכ״ו ולפי מ״ש במרדכי וכ״פ דהא דאסמכתא לא קניא הוא רק מדרבנן לכן בקידושין נ״ל שכי כיון דמדאורייתא קניא ועוד כתב רמב״ן בנדרים פ״ב דבגיטין וקידושין ליכא דין אסמכתא אמנם להרמב״ם א״א לומר דמשום אסמכתא הוא דהא ס״ל במחילה ליכא דין אסמכתא וכ״כ בש״ע חו״מ סימן ר״ז ס״א והרי הכא איירי במחילה כמו שאמר מי ידע דמחיל וע״כ הכי הוא דלוקח נותן דמים ומושך חפץ שלקח או עכ״פ נתן דמים או מושך ומ״מ בין כתאנה מוכר בין לוקח אמרינן לא ידע דמחיל ומוליא מחברו האונאה ול״ע על המב״ע דכתית בה מטעם אסמכתא וא״כ מוכח כרמב״ם מדמהני בשקיבל עליו מה דלא מהני באונאה ובמום ע״כ איילינות איכה כמום וכמ״ש דלס״ד דהס״ם דבד״כ לא אזלינן בת״ר ר״ל דל״ה קידושין דשמא זה ממיעוטא דקפדי וגם תרי רובא ל״מ אם בד״כ לא אזלינן בתר רובא.

ונראה עוד ראיה דהיכא דמדינא לא אזלינן בתר רובא גם תרי רובא ל״מ מהא מבואר בשו״ת מהרי״ט ח״א שאלה קי״ד דבש״ס אין מוליאין ממון אפילו אתה יכול להרבות ספקות וס״ק והסכים עמו הש״ך בספר תקפו כהן סימן ק״כ ומכח זה העלו אחרונים דאפילו ארבע ק״ל י״ל כמ״ש ברכ״י בחו״מ סימן כ״ה אות ע״ו והרי ש״ס אלים כרוב ובשו״ת הרשב״א סימן ת״א כתב דאפשר עדיף מרוב וא״כ בהרבה ספקות יש תרי רובא וכן בארבע קי״ל וכ״ש אם הקי״ל כמיעוט נגד רוב ול״ל תרתי קי״ל ויותר הרי יש תרי רובא א״כ ה״כ לס״ד דלא אזלינן בתר רוב בד״כ גם תרי רובא ל״מ ול״ד להא דפ״ק דכתובות דף ע״ו דמחלק בין רוב אחד לתרי רובא דהתם איכו רק משום מעלה עשו ביוחסין כדאיתא התם וכן מה דאמר בע״ז דף ל״ד דר״מ לא חיים במיעוטא דמיעוטא י״ל נמי משום דמדינא סגי ברוב אחד גם לר״מ כמ״ש תוס׳ בפ״ק דחולין דף י״ב בד״ה פסח.

סי״ב נשתחררה ואח״כ קדשה אחר כן הוא בגיטין מ״ג ב׳ וכתב הב״ש מדלא בעי בש״ס אלא בנתקדשה אחר השחרור ש״מ דאם נתקדשה לפני קודם השחרור דל״ד איכות שבה נתפס לראשון תו אין תופסין קידושי השני את״ד והמקנה ואב״מ כתבו מדאמר בקידושין דף ס״ז ע״ב א״א נמי מניין דאין תופסין בה קידושין ואמרו מדכתיב כל אשר יעשה מכל התועבות האלו ונכרתו הוקשו כל העריות לאחות אשה דלא תפסי בה קידושין וא״כ אלי שפחה וחב״ח דאין הבועלה חייב כרת רק אשם תפסי בה קידושין את״ד ולי קשה מה ס״ד דתפסי קידושין בא״א כיון דקנייכו דראשון הוא כדכתיב כי יקח איש אשה וכן בגיטין שם דלא מייר בקנייכו ואטו אם מכר אחד קרקעו או חפץ לאחד יוכל למוכרו עוד לאחר אחר שקנה ראשון ול״ל כיון דאשה אין גופה קנוי לבעלה כדאיתא בפ״ק דקידושין דף ו׳ א״ו ע״ב ובשורק דף ע״ז אין לבעל עליה רק שעבוד לכן ס״ד דקידושין תופסין בה כיון דמקדשה שני הוי כהקדש נגד הראשון וכדאיתא בריש קידושין ובדף ז״ן שם עיי״ש ברש״י ותוס׳ והקדש מפקיע מידי שיעבוד כדאיתא בכתובות דף נ״ט ע״ב אך כ״ז לפי ד״ת אבל מסיק התם בכתובות דרבנן אלמוה לשיעבודיה דבעל ולא אל הקדש ועיי״ם בתוספת דכל מיני שיעבוד אלמוה רבנן א״כ בלאו הי׳קש דאחות אשה לא תפסי קידושי שני וגמרא דאמר א״א נמי מניין דלא תפסי קידושין היינו לפי ד״ת דהקדש מפקיע ובזה מיושב מה שדקדק המקנה אהא דאמר א״א נמי ומשמע דלא קשה כל כך כשאר עריות עיי״ש ולפימ״ש ה״ני דלאו כל כמינה להפקיע א״ע משיעבוד בעלה ועיין ר״ן סוף נדרים דמדאורייתא לא מהימנה לומר טמא״ל דלאו כ״כ להפקיעה עצמה משיעבוד בעלה והנה בח״ם וחב״ה כתי דבלאו קידושי שני אסורה על הראשון מחמת כד עבדות שבה ומ״מ וכי בכדי עביד שקידשה אלא דכ״מ אם תשתחרר דלמ״ד גמרי קידושין וכ״פ הרמב״ם וכתב ב״י דממילא גמרי קידושין ואם לא נתקדשה לפני השחרור לפני היתה מותרת לראשון ומשועבדת לו א״כ אם קידשה שני לפני השחרור תמ״כ לא תפסי קידושי שני אם נמי דפקעי קידושין ע״י השחרור הרי גם קידושי שני פקעי ואם גמרו א״כ השני בא להפקיע מן הראשון ואין הקדש מפקיע דאלמוה רבנן לשיעבודיה ואפשר כ״מ אי מקרא ילפינן דאין קידושין תופסין בא״א דאם רק משום דאלמוה רבנן לשיעבוד דבעל י״ל אם קידשה ראשון בפסולי עדות דרבנן או בגזל דרבנן דמ״מ מקודשת מן התורה דלא עקרו רבנן קידושי דאורייתא כמ״ש רוב הפוסקים זולת הרי״ף בתשובה כדלעיל סימן מ״ב בזה י״ל דלא אלמוה רבנן לשיעבודיה כיון דמדרבנן הוי פסולי עדות או גזל לכן ר״ל. הש״ס נ״לף מקרא דאין קידושין תופסין בא״א.

והנה בריש סימן זה איתא דאם בא פיקח וקידש אשת החרש הפיקחת ומקידשת לפני קידושין גמורים אין לה קשות איך יפקיע שיעבוד החרש ולא אלמוה רבנן לשעבודו כמו דקונס אין מפקיע מדרבנן אף דקונס איסור דאורייתא די״ל הדא כיון דכשקידש הפיקח נעשית הקדש מאורייתא על כל העולם לא על החרש לבד ומעיקרא לא היתה אסורה רק מדרבנן בכה״ג ומפקיע השעבוד כמ״ש תוס׳ בפרק אעפ״י שם בהא דפרסוה לאיצטלא אמיתנא ועוד איתא בירושלמי פרק המדיר הובא בר״ן פ׳ אעפ״י שם דרוב דרבנן נפקע ע״י קונס כמו מזונות עיי״ש ס״כ קידושי הרש רק מדרבנן וי״ל משום הקנתא לתקנתא לא עבדינן כדאיתא בפ״ק דב״מ דף ה׳ ולפ״ז אם חרשת נתקדשה לפיקח והדר נתקדשה לפקח אחר לא תפסי קידושי שני לפיכך נסתפק בזה הב״ש בסק״א ולא כמ״ש האב״מ שם דמשום דלית בה כרת תפסי קידושי שני ולפימ״ש כיון דמשועבדת לראשון לא תפסי קידושי שני.

ובעין זוכר מערכת מ״ס סק״י הובא מתוס׳ ב״מ דף כ״ג דמלתא דאתיא מסברא טרח וכתב לה קרא והוא שם בתוס׳ דף כ״ג ריש ע״ב וא״ל דא״כ מאי פריך בפ״ב דכתובות דף כ״ב אהא דהפה שאסר קרא למ״ל סברא הוא דהיינו אם יש לדרוש הקרא על דבר אחר יותר נדרוש וא״כ הא דיליף דלא תפסי קידושין בא״א מקרא אף דמסברא ידעינו כיון דזיקנת לראשון מ״מ כלה למילף מקרא נמי אהר דבלא״ה איכו מיותר הקרא דלריך לכל הייבי כריתות גם א״א נילף מהקרא היכא דיש כרת ולפ״ז גם מה שתמה אב״מ על הפנ״י לק״מ.

רמב״ם פ״ד מה״א הט״ז כתב המוקדש אשה שח״ם וחב״ח איכה מקודשת קידושין גמורין עד שתשתחרר וכיון שנשתחררה גמרו קידושיה כקדושי קטנה שגדלה וא״ל לקדשה קידושין אחרים

בא

בא אחר וקידשה אחר שנשתחררה הר"ן ס"ק לשניהם ותמה בהשגות והה"מ אם גמרו כשנשתחררה למה יהא ספק כשבא אחר וקידש עיי"ש וכ"ל דבפ"ק דקידושין דף ז' ע"א א"ר התקדשי לי חצייך ה"נ ופריך נפשטו קידושי בכולה כמו באומר על בהמה שיהא עולה דבר שהנשמה תלוי בו כולה עולה ומשני הכא דעת אחרת פרש"י דלא נתרצית אלא לחציה וכ"כ תוס' שם דאינה מתרצית אלא למה ששומעת וא"כ תינה היכא דראויה להתקדש כולה ולא קידש רק חציה אבל בח"ש וחב"ח דמקדש כולה אלא דאין קידושין חלין על צד עבדות שבה וליכא גילוי דעת דאין מרוצין בכולה א"כ כשנשתחררה ורוצין לדור יחד ממילא פשטו קידושי בכולה דודאי בכדי לא עביד יתהלה כשקידשה. ח"ש וחב"ח דאסורה לו משום צד שפחות למה לו לקדשה אלא כדי לכשתשתחרר יגמרו הקידושין בכולה הרי סתמא שניהן מרוצין שתתפשטו הקידושין בכולה וכל זמן דלא חזינן חזרה ליכא למיחש לחזרה במידי דאיכו חוזה עיין קמ"ע בסימן קכ"ב סק"ה בשם בה"ע ולכן גמרו הקידושין וא"צ לקדשה שנית אבל אם אחר השחרור קיבלה קידושין מאחר טרם שנתיחדה עם הראשון הרי חזינן דחזרה בה מעתה הוי ספק אם הוברר הדבר למפרע דדעתה משנשתחררה שלא לדור עם הראשון דאין מתפשטין הקידושין שלא ברצונה וקי"ל בדאורייתא א"ב משום דהוי פלוגתא לכן בנתקדשה לאחר ספק מקודשת לשניהם ור"ל דקי"ל גמרו קידושי ראשון לטעמיה דקי"ל בגיטין דף ל"ט ודאי א"ב אף בדרבנן כאשר הוכיח הפנ"י שם היכא במצא הזועים לכן אמרינן טרם שקיבלה קידושין מאחר לא חזרה מדעתה שהיתה כשנתקדשה לראשון אבל כשנתיחדה אחר השחרור עם הראשון ודאי גמרו קידושיו ממילא דנתפשטו בכולה וא"צ מטעם דלא"ת עבצ"ז בעל לשם קידושין ומתורץ מה שהקשה הר"ן בפ"ק דקידושין דף ז' כיון דפליגי בגמרא ל"ל אדם יודע ולפ"ז צ"ל מ"ש הרמב"ם הר"ן ס"ק לשניהם אף דלראשון ודאי מקודשת חציה עכ"פ מ"מ הוי ספק אי גמרו לראשון דשמא גם לשני מקודשת חציה והר"ן ספק אם מקודשת לשניהם או רק לראשון ומהרי"ט ח"ב אה"ע סכ"ח וסכ"ט כתב בענין קבלנות דכ"ז כלא ראינו להדיא שחזר אמרינן סתמא בדעתו הראשונה עומד.

עיי"ל דבלא"ה קשה. מאחר דלא איפסקא הלכה בש"ס כמ"ד גמרו וגם רב חסדא מספ"ל למה פסק הרמב"ם כמ"ד גמרו קידושי ראשון וכ"ל דהוקשה לרמב"ם למה פליגי בנתקדשה לאחר וליפלגי אם אחר השחרור גמרו וא"צ לקדשה שנית לכן פירש הרמב"ם דטעמא דמ"ד פקעי דאין אשה ניקנית לחצאין כדאמרינן באומר לאשה חציך מקודשת לי רק בח"ש וחב"ח קידש ר"ה כיון דלא שייך בקייני מקודשת לכן אחר השחרור די"ש שיור פקעי כל הקידושין ומצאתי ביד המלך שכתב כן בפ"ד מה"א הב"ז ומ"ד גמרו ק"ל בשלמא כולה בת חורין ואמר לה חציך מקודשת לי חזינן דלא נחתו רק לקדש חציה ובדעת אחרת לא פשטה קידושין בכולה כדאמר בפ"ק דקידושין שם דאין רצונה בכך דהרי היה אפשר לקדש כולה ולא קידש לכן בטלו הקידושין לגמרי אבל בח"ש וחב"ח דלא אפשר לקדשה כולה ודאי רצונם על קידושי כולה אלא דהדין מעכב ומבואר בחו"מ סימן ר"ב ק"ע היכא דעביד מעשה אמרינן בכדי לא עביד ומשני סברא זאת להוציא ממון וא"כ הכא אם רצונם בלעולם גם. אחר השחרור לא יחולו הקידושין רק על חציה לא הועילו כלום דכ"ז שלא נשתחררה אסורה למקדש משום דחציה שפחה ולכשתשתחרר יפקעו הקידושין לגמרי א"ו דעתם שלכשתשתחרר יתפשטו הקידושין בכולה ואפילו בנכסים לא אמרינן לאו דינא גמירי רק בזה דמפורש בש"ס כמ"ש הש"ך חו"מ סימן ס"ו ס"ק כ"ה ותוס' בפ"ק דערכין דף ה' כתבו הא דאמר ר"מ שם אדם יודע דאפילו א"י דעתו כמו שיתקנו חכמים שלבון וכבר כתבתי במקום אחר דרבנן ל"פ אר"מ רק היכא דצריכין לשנות לשונו ורד"ק כתב דאפילו בנכסים אף דלאו כולהו דינא גמירי מ"מ סומכת דעתה אדרבנן דגמירי הובא בקה"י במדות חכמים אות א' ובאו"ת יור"ה היכא בפ"ת לחו"מ סימן ר"ב שם כתב דדוקא בעביד מעשה אמרינן בכדי לא עביד ולא בדיבור לבד והר"ן פ"ד דנדרים דף ל"ה כתב שם לענין מעילה דהנותן עשה מעשה אבל המקבל לא הוי עשה מעשה א"כ ה"נ האשה שקיבלה הקידושין ל"ה מעשה וכ"ל בכדי לא עביד אלא די"ל דאזלינן רק בתר אומדן דעת המקדש אבל האשה בכל דהו ניחא לה ומקבלת הקידושין אדעתא דידיה ומצאתי בכסד"ם אה"ע סימן י"ד שכ"כ לענין קבלנות והוכיח בכמה ראיות דאף דאינה ניקנית בעל כרחה מ"מ אמרינן אנו ידעה היתה מתרצית לדעת המקדש עיי"ש ואם כי י"ל דזה תליא בפלוגתא שבין הש"ך חו"מ סימן שכ"ה ותוס' שהביא הש"ך שם מ"מ ניחא להאמר לכן זה דעת מ"ד גמרו ומ"ד פקעי ס"ל דלגבי האשה אין הוכחה דדעתה שיתפשטו הקידושין בכולה לכשתשתחרר ודברים שבלב ל"ה דברים לכן הקידושין תלויין עד שיהא הוכחה ואם נתרצית בו אחר השחרור והלכה לדור עמו יש הוכחה דרצונה שיתפשטו הקידושין בכולה לכן א"צ קידושין אחרים ואם לא נתיחדה עמו וקיבלה קידושין מאחר הרי הוכחה להיפך לכן פקעי קידושי ראשון לגמרי לכן מדמה לה הרמב"ם לקטנה שכתב שם הלכה ח' דקידושין תלויין עד שתתגדל אם נתרצית בו ויושבת עמו גמרו קידושיה.

סימן מ"ה

מקום שנהגו וכו' שעפ"י כתב העיר וכו' ז"ל רמב"ם פ"ט מה"א הכ"ח ופירש מהרי"ק שרש ק"ע דמקום היינו קביעות העיר נהגו כותבין לקוחת"ם לכן אף דבעיר רובן נשואת"ק הוסכן למיעוט והקשה מל"מ שם א"כ למה כתב רמב"ם שם בכתובה אם דרך תקנת אנשי המקום לקדש תחלה והדר כתבו הוצבן ואישתמיט להמל"מ דברי מהרי"ק בשרש קצ"א דחילק בין כתובה לקבלנות אך כדחק וכ"ל משום דתקנו הראשונים למה ניחוש למיעוט ומ"ש כמו בתשל"ק כבר לווהו הפוסקים דל"ד דהתם יש חזקת א"א והבא להיפך חזקת פנויה אך מצינו בפ"ק דכתובות דף ט"ו דמעלה עשו ביוחסין וצריך תרי רובי אף דג"כ יש לה חזקת היתר א"כ י"ל בהיתר א"א יחשב ומחמירין דלא סגי בחד רובא ועכ"פ לא חמיר כמו היוחסין וכמ"ש מהרי"ק בסוף שרש קצ"א וא"כ לשיטת רש"י דחשש קבלנות דקידשה בחן וקידושין לטיבועין נתנו כדלקמן סימן כ"ן ס"א מהא"כ קבלנות דהדרי בין אזל הוא אי היא או מתה או מת הוא וברמב"ם פ"ו מוכיח הכ"ב משום דקבלנות הדבר ידוע שלא נתן רק לכוי ומקורו מב"ב דף קמ"ו א"כ י"ל אוקי הקבלנות בחמ"ק ועם חזקת פנויה הוי תרי חזקה דשקיל כרובא כמ"ש הריב"ב

הריב"ש סימן שע"ט וכן מבואר בעירובין דף נ"ו דתרי חזקה עדיפי מחד חזקה אף דתלוי זה בזה והבוב"ק באה"ע סימן מ"ג דחולק על הריב"ש משום דחזקת א"א מעולם איכה בפ"ע זולת חזקה חי משא"כ בהכל חזקה היה לו זמן שהיתה בפני עצמה מודה עיי"ש וא"כ חזקת פנויה היתה לו מעולם לבד וחמ"ק ג"כ הוה מעולם לבד א"כ ברובא מקדשין והמ"ם ועוד תרי חזקות הוי כתרי רובא וגם ביוחסין לא החמירו לכן ס"ל לרמב"ם דוקא כשהמקום שנינות העיר רובן מקוהמ"ם חוששין למיעוט העיר וכבר כתב הרא"ם דלשון הש"ס נראה כרש"י אבל בכתובה ביד המשדך אין דבין על שיווי הכתובה של מי הוא דהחתן משלם שכר הכתובה ואפילו נכתב אחר הקידושין של החתן הוא כ"ז שלא נמסר לידה לכן חיישינן למיעוט מקדשין והדר כתבי.

ולפ"ז י"ל מה דיש גורסין בש"ס רובא מקדשי והמ"ק פשיטא מ"ד ניחוש למיעוטא קמ"ל והוא גרסת רש"י וכ"פ והוא תימא איך ס"ד לחוש למיעוט לקולא הא אפילו כימא סמוך מיעוט לחזקת פנויה והוי כפלגא עדיין איך נקיל מספק ועיין מלחמות ולפימ"ש י"ל משום דאיכא כמי חמ"ק דסבלונות דסקולין כרובא לכן ס"ד דניזל בתר מיעוט לקולא כיון דבחד חזקה לבד דסמוך למיעוט הוי כפלגא ממילא כשיש עוד חזקה להיתר יכריע לקולא אבל לפירש ר"ח דחשש סבלונות שמא קידשה כבר א"כ לא ילאו הסבלונות ונחמ"ק אפילו קידשה כבר וליכא רק חזקת פנויה ול"ל דס"ד ליחוש למיעוט לקולא לכן הוכרח לגרוס ברובא מקוהמ"ק מ"ד לא ניחוש למיעוט ולפ"ז הא דניחוש למיעוט למומרא תלוי בפיר"ח אבל לרש"י א"א לחוש למיעוט לחומרא כיון דיש תרי חזקות לקולא ובזה מבואר דברי הטור דכתב פרש"י דחוששין דקידשה באותן סבלונות לפיכך אם רוב העיר מקוהמ"ם חוששין אבל אם רוב מקוהמ"ק אין חוששין דהכי דזה תלוי בשיטת רש"י ומ"מ אף דרובא מקוהמ"ם אינו רק חששא דרבנן כיון דיש תרי חזקות וס"ד דש"ס להקל.

ובזה י"ל מה שתמה בד"מ על הרשב"ץ לפי פירושו דברי הרשב"ץ שלא היו עדים בין שידוכין לסבלונות דליכא חשש שקידשה כבר וגם הוא באתרא דרובא מסבלי והמ"ק דליכא חשש לרש"י דלמא קידשה בסבלונות אלו לפי פרש"י דל"ח למיעוטא והקשה הד"מ בסק"ד דלמא הלכה בזה כר"ח דחיים למיעוטא והלכה כרש"י דחשש סבלונות שקידשה בהן ולפימ"ש ע"כ תלוי זה בזה.

ועוד נראה בפשיטות דלרש"י ליכא למיחש למיעוט מקוהמ"ם כיון דלא פירש להדיא דנותן לקידושין ואין עסוקין באותו ענין ומנא ידעה דלקידושין שלא הסבלונות כמו שהקשו תוס' ורשב"א ושאר פוסקים ואפילו נתכוון שכיחס לקידושין מ"מ עדים אין יודעין ומבואר בריי"ו ריש נתיב כ"ב דצריך שידעו העדים שלשם קידושין נותן לה אע"כ כיון דמנהג דרוב אין מסבלין לפני הקידושין הכל יודעים דלשם קידושין שלח לה והוי כאלו פירש להדיא דכל מנהג הוי כהתנה בהדיא כדאיתא ביו"ד סימן קע"ד ובהרו"מ סימן שנ"א וכן משמע בשו"ת רשב"א סימן תקכ"ח דאם רובא מקוהמ"ם הוי כפירש דנותן לשם קידושין אבל אם רובא מקוהמ"ק לא הוי כפירש.

ועוד לפי מה דאיתא בב"ב דף קמ"ב ופירשב"ם שם דהיכא דהמזקה רפיא בידו לא קנה דחשוב אין מתכוין ולעיל סימן כ"ח כתבתי דה"ל אם לפי הרוב כקבור דהיינו הספק לא גמר בלבו לקנות באותו חזקה אבל בשאר ספק עכ"פ מתכוין לקנות על הספק וא"כ ה"כ אם רובא מקוהמ"ק אף דמיעוט מקוהמ"ם רפיא בידה אם מקדשה באותן סבלונות ואין אשה מתקדשת רק בנתכוונה להתקדש ולכל הכתו טעוני מה דתלי הטור הא דאין חוששין למיעוט בפרש"י מתורץ תמיהת הב"י למה בכתובה לא כתב הטור דלשיטת רש"י אין חוששין למיעוט דמקדשי והדר כתבי.

אמנם הד"מ לא ראה ברשב"ץ רק מה שהביאו הב"י בקיצור אבל אותו תשובה הוא ברשב"ץ ח"א סמ"ב ומבואר שם דהחתן טוען דקידשה בסבלונות הללו ולא היו עדים על זה כתב דלרש"י ליכא חשש קידושין באותן סבלונות כיון דליכא עדים ולפיר"ח דהחשש דקידשה כבר ג"כ אין לחוש דהכי מודה החתן דלא קידשה כבר וכן מבואר בים"ש פ"ב דקידושין סימן י"ט הרבה טעמים דלפיר"ח אין לחוש שקידשה כבר אם החתן טוען דקידשה באותן סבלונות.

ומש"ז כתב דטעמו דרשב"ץ כיון דליכא עדים נאמן דלא קידשה כבר במגו ולכן השיג הטו"ז על הרמ"א שכתב אעפ"י שלא שלח הסבלונות בעדים ולכאורה י"ל דהוי מגו דבי תרי וכ"כ עליו אך לפי מ"ש תוס' בפ"ב דקידושין דף מ"ג ע"ב היכא דנפטרים ממנון אמרינן מגו דבי תרי א"כ י"ל ה"כ האשה מרוחת דלא אגידא גביה להצריכה גט ולאוסרה על קרוביו איכה ירא המשדך שתבחישנו וגם המשדך מרויח שאין נחסר בקרובתיה י"ל דהוי כמרוחת ממון.

אך מבואר ברשב"ץ שם ששלח סבלונות למסודכת שלו כמנהג המדינה כדי לפרסם המשודכין וכ"כ בשו"ת הרא"ם כלל ל"ה ס"ו דסבלונות הוי כמלוה בשטר אם נשאת לאחר מוציאין מנכסיה שהכניסה לו משום דסבלונות קלא אית להו כי הדרך לשלוח סבלונות בגלוי ולעשות פרסום ופומבי לחזק הדבר שלא תנשא לאחר וכן הוא בקמן סימן ל"ח ס"ה א"כ מ"ש רשב"ץ ורמ"א דליכא עדים היינו הראויים להעיד אבל שמא קרובים ונשים יודעים א"כ במקום קול לא אמרינן כמ"ש הרא"ם כלל ק"ו ס"ח ומוכח נה מפהז"ה דף ל"ב ואף דכה"מ בכללי מגו כתב דוקא בקרובים החיוני על שטר יוצא קול ס"ט דמאן דזיף בצנעא יזיף ולא מפקי קלא כיון דלא ניחא ללוה אבל היכא דניחא לו מפקי קלא גם בעדות רע"פ כמ"ש שו"ע סימן ל"ע סק"ב והכא כל עלמן של סבלונות כדי לפרסם השידוכין וע"כ ק"ל לרשב"ץ דלפיר"ח נאמן החתן לומר דלא קידש כבר אף בלא מגו וכ"כ בא"ז סימן תשנ"ה אפילו יש עדים כשרים על שילוח הסבלונות נאמן שלא קידשה כבר.

ב"ש סק"א אם אבי החתן שלח סבלונות לתוספת יש לחוש שמא בנו כבר קידש אותה ריב"ש סימן תע"ט ובאב"מ סק"א הקשה איך נאמן האב על בנו דכבר קידשה ומה לו לבן בשילוח סבלונות דהא כיון דהבן לווה דלא קידשה מעולם ואין האב נאמן לומר קידשתי לבני עכ"ל ולטעמיה למה כששלח הבן סבלונות והיא קיבלה קידושין מאחר ולווחת דלא קידשה הראשון חוששין ולריכה גט משני הא אף דיש מקדשין והמ"ם דוקא משום הקפדה שמא הדרה בה ויפסיד הסבלונות דתבלם או תאכלם כמ"ש מהרי"ק שרש ק"ע א"כ אין קבלתה הודאה ממנה שכבר נתקדשה דמה אכפת לה לקבל אף דלא נתקדשה

נתקדשה ואין נאמן המשדך עליה שכבר קידשה הא אם אומרת לא קידשתני מותרת לכ״ע כדאיתא בפרק האומר דף ס״ה אע״כ משום רגל״ד דאם לא קידשה לא היה שולה סבלונות דהוא מקפיד ה״נ אם שלה הא״ב דברגל״ד גם עבו״ס נאמן לאסור כמ״ש בשו״ת מהרמ״ל סימן ס״ו הובא בנה״ך סימן מ״ח וגם בפילא הא״ב ים רגל״ד דא״ל דקידשה הבן כבר היה מקפיד מלשלוח דלמא הדרא בה.

עוד בב״ש סק״א אם שלח לקטנה אחר מות אביה לפירס תוספת ים חשש שמא קיבל אביה קידושין וכ״כ הר״ן וריטב״א וכתב הא״ב״מ לפמ״ש הריטב״א דאם לא נתרלית לקבל הסבלונות ל״ה לה כלל לכ״ע דהוה כאמרה לא נתקדשתי אבל אחר שקיבלה אתן אעפ״י ששניהן מודים דלא נתקדשה אין נאמנים כיון דים רגל״ד לחוש ולריכה גט אח״ד ריטב״א ומהר״ק בשרש פ״א כתב דהודאות קטנה לאו הודאה לענין שזינתה אף לרמב״ם דקטנה נאסרת בפיתוי וא״כ ה״נ אינה הודאה אח״ז דברי הא״ב״מ וכ״כ הא״ב״מ בסק״ע דגדולה שקיבלה הסבלונות בשתיקה דחוששין משום הודאתה היא עיי״ש ולא נראה דהא מה דתוספת וש״פ דחו דברי רש״י דחשש סבלונות שבהן קידשה כיון דאין עסוקין בא״ע כדאיתא בפ״ק דקידושין דף וא״ו מנא ידעה דלשם קידושין יהיב לה והרי לרש״י רוב מקדשין והמ״ס מ״מ לא אמרינן לתתוקי דמזה ידעה דשלח לה לקידושין וא״כ גם לתוספת דהחשש דקידשה כבר איך יהא הודאה ממנה ומה אכפת לה לקבל אף אם לא קידשה כבר ואם המשדך מהמקפידין שלא לקבל בלא קידושין מ״מ היא אינה יודעת ששילוח הסבלונות כאלו פירש שכבר קידשה לומר משום זה דקבלתה בשתיקה הוה כהודאה לדברי המשדך אע״כ כונת הריטב״א כ״ל דש״ל גומה לא נאמינה שלא נתקדשה אפ״ה דאין ע״א נאמן בדשב״ע אפילו לא איתחזיק איסורא מ״מ הכא דאיתחזיק היתר דפנויה תהא נאמנת ועוד חזקה דאין מקלקלת א״ע ליסב באיסור א״א כל ימיה בלא גט כמ״ש הגא״ם שילהי נדרים אע״כ משום דמ״ד שקיבלה הסבלונות בשתיקה מולד לנו חשש שקידשה כבר בלא הודאתה ואיתחזקה בספק א״א לכן תו אינה נאמנת אח״כ דומה לזה כתב בתורת הבית ומהרא״י בס״ע שנתערב ל״ה ס״ס כיון דכבר איתחזיק איסור ערס בנתערב חשוב כודאי איסור לכן אם לפני קבלתה אמרה דלא נתקדשה נאמנת כיון דאמרה טרס דאיתחזיק איסורא ממילא גם בקטנה חוששין דא״ל הודאתה ומ״ב הא״ב״מ דכונת הר״ן דלהוקי חוששין אפשר דוקא לאסור את המשלח בקרובותיה לפי שהוא כמודה דכבר קידשה אבל הקטנה לא נאסרם בזה עיי״ש ודאי אינו נכון מדמסיק הר״ן אבל לרש״י במיאון סגי לה הרי לתוספת לא סגי לה במיאון וזה לא״ב״מ גם מיאון אין לריכה לעלמה אבל טעמו דריטב״א א״י כיון דהרגל״ד דא״ל דקידשה כבר לא היה שולח א״כ מ״ד ששלח הוחזקה מקודשת אף דלא הגיע לידה א״כ מלאתי במהרי״ט חא״ע סכ״ע סב״כ מהריב״ל ומהרי״ט כתב אף דאין מעשה קטנה כלום מ״מ לא הוחזקה במקודשת נירס שקיבלה וכן בהוחזק שטר כתובה בשוק אם לווה לא נתקדשתי ל״ה כיון דלווחה בשפת חזקה ולע״ד דוקא אם כששלח לא נודע מי שמקודשת עד שלאו מי זאת שקיבלה הסבלונות ועמ״ס בסמ״ג.

כתב ב״ש עוד אם שלח בשבת לפרש״י ל״ה חשש דאין מקדשין בשבת וכ״כ ברמ״א והוא ממהרי״ק שרס קט״א והב״מ ומקנה הקשו להמג״א בסימן ש״ו סקט״ו דמתנה אסור ליתן בשבת א״כ גם במתנה עשה איסור ולדעתי לק״מ כיון דאם מת הוא או היא או חזר אחד הדדי דלא ניתן רק לנוי הן רק מתנה עמ״ל וכ״כ הי״ם א״ע סימן קנ״ו בסבלונות קודם החתונה או אחר החתונה הכל לא ניתן לה אלא מתנה עמ״ל בשעה שלא מתקשטת לפניו והביא שם מן מהרי״ק שרש ק״י דללורך פרנסתו יכול למוכרם דבעני אינו ראוי שתלא בעיר של זהב ועי״ד כן לא הקנה לה עיי״ש וא״כ הרי במג״א שם כתב דמותר לקנות אתרוג ביו״ט לנאה בו אף דלריך קנין גמור שיהא שלו דלכם כתוב מ״מ כיון דאינו רק עמ״ל שרי עיי״ש סק״א עוד כתב שם דמותר ליתן טס וס״ת בשבת כיון דים לו נוי חלק בו לא הוי הולאה מרשותו לגמרי וה״כ בסבלונות דלא נתן רק שתתקשט בו לפני עדיין אגיד גביה ושרי.

כתב ב״ש עוד וכ״ז אינו רק חשש בעלמא ולא חזקה גמורה אפילו אם הרוב מקדשים והמ״ס תה״ד סי׳ ר״ז כ״ל להוכיח כן ומהפ״ם דהא לגרסת רש״י על רוב ומקוהמ״ס דחוששין פריך פשיטא ומשני מ״ד ניחוש למיעוטא ותמוה איך ס״ד לחוש למיעוט להקל אך לפמ״ש בית יעקב בכתובות דף כ״ג בשים חזקת פנויה או חזקת א״א גם רוב לא ומשני מדינא כיון דילפינן דבר דבר מממון דבעינן דבר ברור ואין הולכין בממון אחר הרוב דאינו דבר ברור ה״נ בדבר שבערוה וכ״כ בחו״ד בדיני ס״ס וזה שאמר מ״ד ניחוש למיעוטא וכיון דים חשש אינו דבר ברור וממילא א״א להוציאה מחזקת פנויה קמ״ל דחוששין ואינו רק חשש בעלמא ולא מדינא ועוד לפרש״י ים חזקת מ״ק בסבלונות ולתוספת הוי רובא דתלוי במעשה דאינו רוב. גם ים חזקה אין אשה מקלקלת א״ע להיות יושבת באיסור א״א כל ימיה כמ״ש לעיל.

ומ״ש עלי אחזים בסק״ג דים ס״ם לאסור שמא קידשה כבר ושמא עכשיו קידשה בסבלונות ג״כ אינו לפמ״ש בשו״ת הגאון ר׳ אלכסנדר ומרגליות סי׳ ל״ג אות למ״ד דס״ם אם כבר נעשה ואם אח״כ נעשה כגון זרק לה קידושין שני פעמים ובכל פעם ספק וסק״ל לא הוי ס״ס והבו״ת חא״ע סי׳ כ״ד אות ל״ב הודה לסברתו ולפי טעמו של הרא״ש גם כאן ל״ה ס״ס.

רמ״א הני רואים דמסבל ואח״כ מקדם יל״ד מהא דחו״מ סי׳ פ״ד דפוגם שטרו תו״ז פטור משבועה משום חזקה דא״א פורע תו״ז ולא אמרינן דאנו רואים דכבר פרע פ״א תו״ז חוב זה וכהם הרמ״א שם כהמחבר והמלוה מוכ״ח ממון בלא שבועה וכ״ל שא״ה דמד״ת גם פוגם שטרו נוטל בלא״ם אף לאחר ז״פ רק תק״ח שישבע ויטול לכן כיון דים סברא קלא דתו״ז עדיף הבו דלא לוסיף כל שלא פירשו חכז״ל דגם בתו״ז תקנו דהוה ספק בתקנה ומעמידין על ד״ת כדאיתי׳ לקמן סי׳ ק״ח ס״ו ועוד התם מיעוט הפורעין תו״ז תלוי במעשה ומש״כ הכא להיפך דמד״ת אין לחוש לסבלונות אפילו רוב מקוהמ״ם ולתוספת דהחשש דכבר קידם הוי רובא דתלוי במעשה וגם כיון שאומרת דלא נתקדשה כבר חזקה אין אשה מקלקלת א״ע ליסב באיסור א״א כל ימיה לרש״י דהחשש דקידשה בסבלונות ים נגד חמ״ק וחזקת פנויה תרי חזקות שקול כרוב לכן הבו דלא לוסיף על התקנה ולא״ת שקשה ומר״פ המוכר פירות דזבין לרדיא וזבין לשחיטה מ״מ אזלינן לרוב בתר רובא ובמ״ם מיושב דכאן הבו דלא לוסיף ועוד התם בגברא דמתהפך

פעם

פעם זבין לרדיא ופעם זבין לשחיטה והזיק דתרוייהו איתא בי לכן היכא דאין ידוע למאי זבין אזלינן בתר רובא דעלמא אבל כאן לא ראינו בחתן זה שינוי י״ל דמתנהג במעמד אחד דלא קפיד לעולם לקדש קודם.

ומה שפסקה השב״מ מהתם דרובא דאינשי לוקחים לדברים אחרים· ורוב פשתן לזריעה קי״ל כהך דרבא דאזלינן בתר רובא דפשתן ולא בתר הלוקחין וה״נ רוב שבלונות אחר קידושין עיי״ש בת״ה דהביא מהרשב״ם דנהן· דקי״ל דאזלינן בתר רוב פשתן קי״ל כמי אי הוה רוב לוקחין לד״א לא אזלינן בתר רוב פשתן אלא דקי״ל דגם רוב לוקחין לזרעים אפי׳ למ״ד דהילכין בממון אחר הרוב.

והא דבשו״ת רשב״א לא הקיל בזה רק ברוב ומיעוט״ק משום דס״ל היכא דחוששין לשבלונות אפילו נשאת תלא מדקייס· שם וכ״ש שכבר נשאת הרי זולה טעמים שהקדים להקל היה אומר דתלא משום דקי״ל דרוב זה אינו רוב משום דתלוי במנהג ולא בטבע והוב כמ״ש בס״ר לכן לא היקל רק במיעוט מקדשין והמ״ס אבל רמ״א דפסיק ותני לעולם אם נשאת לא תלא דאיכי שבם דאורייתא אפילו ברוב ומיעוט״ם לכן סמך אהך סברא גם ברוב ומיעוט״ם.

ויש מחמירין אם שלא בעדים· הע״ג דלא היו עדים בנתינה לאשה הת״ד סימן ר״ז כתב משום דחזקה שע״ב והקשה המקנה כיון דהאשה נאמנת להכחיש את השליח שלא נתן לה כמ״ש ב״ש סקי״א אם כן מה יועיל הודאתה הא יליפינן דבר דבר ממון אפי׳ שניהם מודים אינה מקודשת כדאית׳ בקידושין ס״ה ע״ב כיון שיכולין להכחיש עיי״ש ולק״מ לפמ״ש מהרש״א ר״פ שור שנגח את הפרה אם בלא הודאות המזיק יש לנו אומדנא אף דא״א לחייבו על פי האומדנא להוציא ממון כשאינו מודה מ״מ כשמודה תו הכן קסדי ומחייבין אותו קנס אף דמודה בקנס פטור עיי״ש.

ב״ש סקי״א למה א״כ במגו דיכולין להכחיש את העד א״ל מ״ש הב״ש ריש סימן קכ״ב דנאמן לומר גרשתיה במגו דבידו לגרש עתה לולא דאם איתי לכבר גירש ה״ל קלא וא״כ ה״נ נימא האי מגו דלי״ל טעמא דקלא דשא״ה דבלא״ה כבר אסור בקרובותיה ובקידושי רמב״ן ואס״ז בב״ב דף קל״ד ע״ב כתבו האמא דנאמן לומר יש לי בן דבידו לגרשה אף דתתסר לכהנים דמה אכפת לו בזה ומש״כ הכא אפשר אינו רוצה ליתסר בקרובותיה.

ב״ש ריפסין לכתובה בב״ק איתי׳ הוחזק שטר כתובה בשוק יעמד מהרי״ק בשרש קע״א מה ענין בשוק לזה יהכה מהרי״ט ח״ב אה״ע סכ״ע כתב אם בשעה שהוחזק השטר כתובה בשוק היתה לוחה לא נתקדשתי אין חוששין וכן אם בשעת נתינת השבלונות לא רצתה לקבל אין כאן הוכחה ולא רגל״ד ואין חוששין עיי״ש וכבר עמדתי לעיל בזה דשא הוכחה ורגל״ד שכבר קידשה דאל״כ לא היה מקדים השבלונות א״כ הרגל״ד מכח שילוחו ומה לנו אם לא רצתה לקבל וכן בכתובה ול״ל דבשילוחי לא הוחזק דשמא הודע לו שדעתה לחזור בה והשריס לשליח לה כדי שתלבשך בגני ותהא אגודא גביה והרי קמן דלוסת אמ״כ דלא נתקדשה ואינה רוצה לקבל וגם לפמ״ש בשו״ת הרשב״א סי׳ אלף רכ״ג דבלא שדך אין לחוש לשבלונות דאל״כ לא הנחת. בת לא״א שלא תהא ל״ג דא״ו אשה שנזהרת מלקבל דורון מאיש עד שלוחי השיכי דבכה ודאי לא יאמרו הכו״ל שצריכה גט דאל״כ לא הנחת בת לא״א וא״ב ה״כ כל משודך כשיגיע שדעת כלתו לחזור ישלח לה שבלונות כדי לאגדה גביה לכן כ״ז שלא ראינו שקיבלה השבלונות לא היחזקה מקודשת. אבל כשקיבלה סתם הרי עדיין לא הזרה והמשודך בתוס לבבו שלה אזי הוחזקה וכן בכתובה שלא הגיע לידה ומנלא ידעא אלא בהוחזק בשוק דקלא אית לה והיא שתקה אזי הוחזקה למקודשת.

אעפ״י שלא הגיע לידה ובטור כתב ולא הגיע דוקא לא הגיע דאם הגיע אז הוי ודאי קידושין ב״ש ונראה הא דשינה המחבר לשון הטור דהפרישה כתב דאם הכתובה בידה ודאי קידשה דאין דרך ליתן כתובה לידה א״ל שקידשה ובני אהובה פ״ע מס״א הכ״ע הקשה מדכתב הרשב״א בקידושין דף ס״ה אהא דאם נתן גט ומעלמו יש לה כתובה והקשו תוספת הא ארוסה אין לה כתובה ותירץ הרשב״א דמיירי בדכתב לה ויולא הכתובה מתחת ידה ומ״מ אין ראיה על קידושין דהוא באתרא דכתבי והמ״ק הרי להדיא דלא כהטור אמ״ד ונראה דבשלמא הטור דקי״ל לקמן סי׳ נ״ה דארוסה יש לה כתובה ונגבית ממשעבדי דלפ״ז אין דברי הרשב״א מוכרחים כלל הדרינן לסברא דאין דרך ליתן כתובה לידה עד אחר הקידושין ועוד מסיקא תיתי יתן לה הכתובה לפני הקידושין והא דכתב כתובה אף דגם בלא כתב יש לארוסה כתובה משום דכן נהגו שם לכתוב כמו בנשואה אבל הרשב״א דקי״ל ארוסה אין לה כתובה בשלא כתב לה למה יכתוב לה כתובה א״ו משום דלא נתרצית להתקדש לו בלא כתובה שמא אחר קידושין לא ירצה ליתן לה כתובה ויגרשנה אז ימות בעודה ארוסה ה״נ י״ל דלא רצתה לקבל ממנו קידושין עד שיתן כתובה לידה והוכרח לעשות שלא כדרך העולם והאי אתרא כתבי כתובה ויהבי לה והמ״ק כיון דארוסה אין לה כתובה מדינא אם אין כתובה בידה לא סמכה דעתה שיתן לה אחר הקידושין לכן גם כשהכתובה בידה אין ראיה דכבר נתקדשה והמחבר דפסק לקמן סי׳ נ״ה דאין כתובה לארוסה בלא כתב לה דדברי הרשב״א מוכרחין מהגמרא וסברא לכן שינה כאן לשון הטור וכתב אעפ״י שלא הגיע דגם בהגיע ליכא רק חשש:

אם דרך מקצת אנשי העיר דעת רמב״ן דלכתובה בלא שבלונות ל״ה כלל דכמה זימני דכתבי כתובה ערם שגמרי הקידושין והקשה אב״מ מתוספת פ״ק דב״מ דף ז״ין ע״ב אהא דמלא כתובה בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה דהקשו תמאי כתב בניסן ולא נתן לה עד תשרי ותרלו דאירוסין קלא אית לה ומשתעבדי נכסי אף בלא כתובה ולקידם אירוסין ליכא למיחש דכתב לה עיי״ש ולק״מ דהתוספת הכריחו זה מחמת קושיתם אבל רמב״ן בא״ז שם וכן רשב״א ור״ן וריטב״א כתבו דמיירי במפורש שלא באחריות ועיין דהא מבואר בגמ׳ בקידושין דף ט׳ אתרא דכתבי והמ״ק הרי מלינו אתרא הכי וע״כ תוס׳ ס״ל דדוקא בדחזינן אתרא הכי אבל סתם אין דרך בכל העולם לכתוב קודם אירוסין ועוד אותם דמקדמי והדר כתבי שמא תיכף אחר הקידושין כותבין ומוסרין לאשה דא״ל עכשיו אימתי ומה בעי הכתובה ביד החתן ואם עדיין לא הספיק למסור לה בזמן מועט א״כ אירוסין קלא אית לה כמ״ש תוספת שם וכאן בס״א בהג״ה ממהרי״ק שרש קע״א דביום או יומים אין לחוש לשבלונות דאם קידש לא היה נשכח הקול לכן ס״ל לרמב״ן בכתובה ביד החתן אין לחוש כלל דקידשה כבר ושאר פוסקים ס״ל עכ״פ ודאי קידושין ליכא

ליכא ואינו רק חשש כיון דיש הוכחה להיפך אבל תוספת דקיימי אמלא כתובה בשוק ליכא. הוכחה דנכתב קודם אירוסין.

אמנם רמב״ם והמחבר נ״ל דס״ל כתוספ׳ שהסבריתי מכח קושייתם דכ״ו דלא הזינן אתרא דכתבי והמ״ק ליכא למיחש דכתבי קודם דקתמה אין דרך לכתוב קודם כי תיקן רמב״ן ואיכך בב״מ דהוק כת״ם אם״ז בס נכן בכתובה לא הזכירו רמב״ם ומחבר דלוקא אם המקום שסביבות העיר נהגו לקדם והדר לכתוב כתובה כמו שהזכירו בקבלונה ונתקפה המהרי״ק בזה ומוצא לעיל ק״ח ומשום דאף אם כל הסביבות רק קנת מקדשי והדר כתבי יש לחוש כיון דקתמא כל העולם מקוה״כ ואותן דבהאי אתרא כתבי והמ״ק בטלה דעתם אבל כל העולם דהוא נגד הסכל וכמו שהסבריתו התוספת דאין לחוש לזה כלל משא״כ בקבלונת ובהכי י״ל מה שהקשו המפרשים למה בכתובה דפריך מקוה״כ פשיטא לא משני כמו בקבלונת דמיעוט מקוה״כ משום דגם זה פשיטא כיון למיעוט זה עושה כדרך העולם והרוב גרוע דילאו מן דרך העולם ובטלה דעתם ובזה מתורץ נמי קושית הב״י למה בכתובה כתב הטור דחיישינן למיעוט מקוה״כ ולא הזכיר דלשיטת רש״י א״ה למיעוט כי לדעתי מה דדנין אם כיזל בתר רובא בזה אינו דומה לשאר רוב כגון בחניות רובן ומוכרת בשר כשר דהספק על בשר. שניקח אם הוא מחניות הכשרים ויש חילוק אם נולד הספק במקום הקביעות או אחר שפירש אבל כאן אין דנין אם פרבו הקבלונות מהרוב או מהמיעוט או הכתובה מן הרוב. או המיעוט דאפשר המספק עדיין לא בא לידי מדה זו ועכשיו נסתפק פעם ראשון ואינו עדיין לא מן הרוב ולא מן המיעוט אלא הספק אם דעת המספק נוטה לדעת הרוב או לדעת המיעוט להתנהג כמותם לכן אמרינן כיון דהרוב מתנהגים הכי סתמא נוטה דעת המספק להתנהג כמותם דדעת הרוב מכריע דכן ראוי להיות ואם כן אם רוב מקום זה עושים שלא כדרך רוב העולם אזי בטלה דעתם לכל העולם ויותר מסתבר לעשות כדעת רוב העולם.

ובזה נסתלק קושיות בני אהובה בפ״ט מה״א למה אזלינן בתר רוב מקדשי או מקבלי הא הוי קבוע ולפימ״ש לק״מ ומה שהביא מהרי״ק שם קב״א לענ״ד לא מזה מיירי כלל מהרי״ק אלא ב״ש מאותה מדינה אמרו שדרך אותו מקום לחוש לקבלונת יתרוב אמרו שאין אותו מקום נוהגין לחוש על זה לימר ... ב בזה כל קבוע כמע״מ דאמו דנין על ... ופיהם ע״״ב אבל אם נילך בתר רוב אי מקדשי והמ״ק הוא רק דמסתמא דעת המספק ג״כ להתנהג כהרוב דדעת הרוב קברא יותר נכון וא״כ מה בכך דקבוע הא קבוע איסור כמ״ש הר״ן בפ״ה וא״כ מסברא יותר נכון דעת הרוב וסתמא נמשך זה המספק אחר התנהגות הרוב.

והריטב״א כתב דרוב דמקדשי קודם או מקבלי קודם אינו רוב מצד היוב וטבע אלא תלוי בדעת וא״כ אף דרוב בני עיר זה כותבין כתובה והמ״ק מ״מ כיון דכל העולם מקוה״כ בטלה דעת אותו העיר לכל אדם כדאית׳ בשבת פרק המלניע דף צ״ב דאחד מבני הוצל שהוציא משא על ראשו פטור אף דכל בני הוצל עושין כן מ״מ בטלה דעתן. אבל כל אדם וא״כ בכתובה אף דזה העיר כותבין והמ״ק אין לומר ודאי זה נמי עשה כרוב העיר כיון דתלוי בדעת ובטלה דעתן.

סימן מ״ו

ס״א שהנרות דולקת כן הוא בפ״ק גיטין דף ... אבל בירושלמי ר״י ייקא בשם ר״י נרות דולקת ושיחות בני אדם מפיחין הת״ב ר״ן קומי ר׳ ייקא יהא תנינן יצא שמה בעיר מקודשת, מקודשת מגורשת הר״ז מגורשת אית לן נימר נרות דולקות לא בית ב״א מסיחין והכא סיחת ב״א מסיחין עכ״ל הרי דאתותב ר״י מגירושין דליכא נרות דולקות ואם יש אזה תיקן למה לא תירלה הירושלמי ואטו ר״י לא ראה המשנה ועלה קאי והא דלא משני דקול גבי גירושין היינו פלוני שמע מפלוני וכו׳ ובקידושין נרות דולקות אף דליכא עד ומפי עד שמגיעין לדבר ברור כו׳ ... והאחרונים ז״ל משום דתנן יצא שמה בעיר מקודשת הר״ז מקודשת מגורשת הר״ז מגורשת ודאי יצא השם בתר גומלא בגירושין כמו בקידושין וכ״ל דמצואר תירוץ בירושלמי דהא הזינן בסוטה בפ״ה קו״ם דע״א כאמן לומר שנטמאת משום דרגל״ד ומ״מ אם ע״א בא ואומר לא נטמאת אם באו בבת אחת היתה שותה אף דהעד שאומר נטמאה מקייעי הרגל״ד לא אמרינן דאידך הוי כחד לגבי תרי אלא אמרינן דאוקי חד לגבי חד וכליתא עד כלל וכן עד המעיד על מיתת בעל דהימניה רבנן משום דחזקה אשה דייקא ומנסבא וגם משום דעבידי לגלויי לא משקרי דיתא ביאה הבעל ויעמד הי לפניכו ומ״מ אם בא ע״א אח״כ ... שהתירוס ב״ד להנשא ואומר לא מת אוקי חד לגבי חד ואסורה להנשא ולא אמרינן הא רגל״ד דהעד שאומר מת קוסטא קאמר דעל״ג ודייקא ומנסבא וא״כ ה״נ אם נרות דולקות ושיחות ב״א שנתקדשה וגם באו אח״כ סיחת ב״א שנתגרשה אוקי שיחה נגד שיחה ונשאר רק הרגל״ד דנרות דולקות ועי״ז לבד הא לא אסורה לעלמא והש״ס מוקי הך מתנה יצא שמה מקודשת ומגורשת דאל״כ בקול מגורשת לא אמרינן לה אבעלה כהן והיינו פירש הירושלמי דקיום קושית ר״ז הית. אית לן למימר נרות. דולקות ומ״מ מגורשת ומשני לא סיחת בני אדם אטו מה דמקודשת לא מחמת סיחות ב״א והכא דיצא שמה מגורשת ביחות ב״א א״כ זה נגד זה ומותרת לעלמא אלא דלכהן אסורה דמ״מ אם לא תאמין לסיחת ב״א דנתגרשה הרי כבר יצא קול דמקודשת וכמ״ש הה״מ וכראה דר״ז דלא ניחא לו בתירוץ זה ס״ל בפשיטא בעד אומר נטמאת וכן עד אומר מת בעלה והעד אחר אומר לא נטמאת אי לא מת בעלה אוקי חד לגבי חד כיון דמכחישין זה את זה אבל כאן סיחת בני אדם דנתקדשה וסיחת ב״א דנתגרשה אין מכחישין זה את זה א״כ הדל״ל כיון דיצא שמה דמקודשת ע״י נרות דולקת וסיחת ב״א הר״ז מקודשת אינו מועיל מה דסיחת ב״א דמגורשת כיון דליכא בזה רגל״ד אין בשיחתן כלום אבל ר״י לא מחלק בכך ואדרבה י״ל כאן עדיף דבסוטה ועד מיתה אלים הרגל״ד דאפילו הכא כאמנת ומשא״כ הכא דוקא סיחת בני אדם ולא נשים כדמסיק בירושלמי לר״י.

ולפ״ז י״ל לחלק בין הוחזק קול קידושין תחלה בב״ד והורו דאסורה לעלמא דהא בילא אח״כ קול סיחת ב״א על גירושין אינו כיתרה דל״ל אוקי סיחת ב״א נגד שיחות ב״א כיון דכבר הורו ב״ד דאסורה ע״י קול ראשון וכמו בעד מיתה אם אחר שהוחזק בב״ד והתירוה להנשא הרי הוא כשנים וצריך ללאה שוה בעיר ומגורשת ע״י תרי ומפי תרי דוקא דהא הוי קול לאסורה לכהן אף דודאי מעיקרא לא היתה

היתה אסורה לכהן אבל אם נרות דולקת ושיחה ב"ה דמקודשת ועדיין לא הוחזק הקול בב"ד ואח"כ יצא קול שיחת ב"א דנתגרשה מותרת לעצמה אף דלא באו הקולות בבת אחת כיון דקול מקודשת איכה אוסרה רק מדרבנן כמ"ש תוספת לסלק בין עד מיתה לעד קוטה הובא בב"ש בסימן קע"ח ס"ק י"א דהיכא דנאמנת עד ראשון רק מדרבנן לא חשוב כתרי רק אם הירו כבר ב"ד על פיו כן כ"ל להכריע בין מחלוקת רנב"ס ורא"ב"ד ויש סעד לזה דבגמ' פרשו המשנה ילא שמה בעיר מקודשת הר"ז מקודשת מגורשת הר"ז מגורשת דפריך ואקרינן לה על בעלה כהן ומבני מקודשת ומגורשת הר"ז מגורשת דמשמע להדיא כהרא"ב"ד דבתי הקולות יצאו ביחד ורש"י פירש אם אחר שיצא שמה בעיר מקודשת הזר ויצא קול שנתגרשה והוא כרנב"ס ול"ל מה דפירש רש"י ממשמעות פשטות הש"ס מקודשת ומגורשת דמשמע ביחד משום דא"כ חסר במשנה דה"ל למתני מקודשת ומגורשת והכ"ל חסורי מחסרא לכן פרש"י דהזר אח"כ ויצא קול מגורשת ולפיכך לא תנן רק מגורשת דקאי אריפא אחר שיצא קול מקודשת הזר ויצא קול אחר רק מגורשת ולפת"ש לדקו יחדיו דבאמת קול מגורשת דתנן הייכו דיצא אחר שכבר יצא קול מקודשת והש"ס דקאמר מקודשת ומגורשת היינו טרם שהוחזק קול מקודשת בב"ד והורו לאסרה יצא ג"כ קול מגורשת והמשנה דתכי יצא שמה בעיר להכי תני אח"כ מגורשת לצד דבעיר לא יצאו הקולות יחד.

אח"ז ראיתי בפ"ת לעיל סימן י"ז בל"ז ס"ק קמ"ז הביא מחלוקת כו"ב וקס"י בעד מיתה דהוקא כשהכחישו זה את זה קודם שהתירוה עפ"י ראשון אז ע"א בהכחשה לאו כלום אבל אם העדים אינם מכחישים זה את זה רק לפי עד ראשון שהעיד שהכיר בעלה מת יש להתירה ולפי עד שני שבעלה נטבע ונמלא אחר משבה ימים דלא מהני בו טב"ע איכה מותרת גם בבאו בב"א אין עד זה שמעיד שנטבע כאמן לאוסרה כ"ד הקס"י אבל דעת הנו"ב דאוקי עד כנגד עד גם בזה עיי"ש ולפמ"ש בזה נחלקו ר' יוחנן ור"ז ועירא הכ"ל לענין שיחת בני אדם דאין נאמנים לעבות קול להחזיקה מגורשת דמ"מ אם הוחזקת מקודשת ג"כ רק ע"י קול אוקי קול לגבי קול ור"ז ס"ל כיון דאיכו הכחשה ל"ל אוקי זה כנגד זה ושיחת בני אדם דנתגרשה לית בהו מיתנותא להחזיק הקול אם בקידושין לריך ג"כ נרות דולקת.

ולכאורה י"ל דלק"מ על ר"י לפי מה דמבואר הכא דל"ל נתקדשה היום בעיר זו א"כ כיון דהמנהג שיהא נרות דולקין ואין אומרים שום איש שראו נרות דולקין זה מרעא לקול דאם איתא שהקול אמת היה נמלא אומרים שראו נרות דולקין משא"כ בגירושין דמלאתי אח"כ סברא זאת בבית מאיר כאן סק"א ור"ז דמותיב משום דר' ייסא לא הזכיר משום ר"י דל"ל נתקדשה היום בעיר זו א"כ איכו ריעותא דאפשר היו נרות דולקין ומהמת שלא היה בעיר זו או היה כבר לא נמלא עכשיו משיחין שהיו נרות דולקין.

ס"ב אם באו שנים בגיטין דף פ"ט א"ל אביי לר"י מבטלין קלא אלי"ת א"ל ודאר"ם עד שישמעו מפי כשרים פי' מבטלין קלא ונדחקו רש"י ותוס' מה תלוי זה בזה וכ"ל דאם הקול אוסר משום ספק שמא אמת ודאי כשנתברר אח"כ שהקול שקר מבטלין קלא אבל אם אין לאסור מספק להוליאה מחזקתה רק הספק משום לעז אזי אין לבטל דאיכא דידע מהאי ולא ידע מהאי וכ"כ הריטב"א והנה אם מחמת ספק י"ל דוקא כשרים דאל"כ שמא אלו שבאו לפנינו ואומרים ששמעו מפו"ם משקרים ואת"ל אמת ששמעו מ"מ שמא אותם פו"ם אמרו שקר כיון שלא העידו בב"ד יכולין לומר מבודין הייכו כמ"ש הר"ן בתשובה ור"ז מהתוספתי וכן משמע בחו"מ ר"ס כ"ט א"כ הוי ק"ס אבל אם משום לעז ל"מ ק"ס כדמוכח מהא דלקמן ס"ה דלא יכנוס ראשון שמא יאמרו גירס ראשון ונשא שני ומחזיר ראשון גרושתו אף דאיכא ק"ס עיי"ש בב"ש סקי"ז ואפילו בדיעבד יוליא כמ"ש בתשובת רב"ל ס"י ז"ין הובא בבאה"ט סקי"ט ועוד ראיה מר"פ גיטין דקתם ספרי דדייכי מיגמר גמירי ומ"מ חששו שוליא הבעל לעז אף דליכא רק מיעוטי דמיעוטי דלא גמירי ובתוספתא ספ"ק דב"מ דחששו לבני סוריי אף דלא שכיח משום לעז וא"כ כיון דלריך כשרים ע"כ משום ספק א"כ מבטלין קלא כשנתברר.

ס"ד בהג"ה נתברר דעת רמ"ה דהפלוגתא בס"ק אי מבטלין קלא רק בלא נתברר בודאי אלא שיש ספק וריטב"א כתב דאי מיגליא מלתא משמע דודאי הוא ונראה דעת הרמ"ה מדאמר בש"ס אי מיגליא מלתא דלאו קידושי מעליא דהאי מעליא מיותר או דהל"ל שהקול שקר משמע דלא מעליא אלא יש בו ספק והאב"מ הקשה מדפריך על שמואל דאמר שעמידו הדבר על בוריו אי מגליא דלאו קידושי מעליא והא שמואל ס"ל לא מבטלין קלא ליתא אי מיגליא דודאי שקר כגון שבאו ומדהי"י ואמרו להד"ם ולק"מ דהא הרמ"ה יהיב טעמא דל"ל דפליגי אי באו ואמרו להד"ם דלא יעלה עה"ד דלא לבטולי קלא בזה א"כ לא היה לריך שמואל להזהיר תלמידי דרב בזה.

ס"ה בהג"ה אם היא מודה זה סוליא הד"מ מתשובת הרא"ש כלל נ"ה ס"ד שכתב ז"ל דאפילו אם היתה מודה בפירש שקבלה קידושין ממנו לאו כל כמינה לאסור עלמה על אותו שקדשה כבר ולא היה בה שום איסור אם היה בא עליה אלא דהוה אמרינן דשויתה לעלמה התיכה דאיסורא שהרי אומרת שהיא א"א ולא ספינן לה איסורא ויוליאנה בגט בלא כתובה וכיון שהיא עומדת בדבריה הראשונים שמעולם לא נתקדשה ויש אמתלא טובה נומר למה לזו לכתוב הגט לא מסוינן לה התיכא דאיסורא ומלינו שהקילו חכמים בדבר זה להתירה אע"ג דבאנה"ד כדתנן פרק בתרא דנדרים עכ"ל והקשו כיון דתנן התם דאומרת טמאה אני לך דסמכינן אאמתלא ותחזור ותאכל בתרומה ופריך התם מאי שנא מהא דאמרה שאמרה לן אי"א כו' וכן הקשה הב"ש והאב"מ ותי' דבאמת אם קדשה גמורה הוה אשת איש ואסורה על הראשון וכשאמרה מקודשת קדושין גמורים הוי שויה אנפשה חתיכה דאיסורא כיון שאמרה קודם שנתקדשה לזה א"א אני א"כ אין לבעל השני להאמינה באמתלא שהרי אמרה שהיתה מקודשת לאחר אח"כ נתקדשה להשני א"כ אינה יכולה לחזור ולומר שלא נתקדשה לראשון משום דהבעל השני שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא דהא מ"מ אסור להשני ועוד שהיא אומרת שנתקדשה לראשון קודם שנבעלה לשני.

רק מלד עצמה דשאכח"ד ולא קפינן לה איסור בזה מועיל לה האמתלא כיון דאומרת ברי לי והא דתנן בשילהי נדרים דאומרת טמאה אני מותרת לבעלה גם בלא אמתלא י"ל דלא חשו חכמים דשאכח"ד ותקנו שלא להאמינה והרי היא אנוסה בתק"ח וכה"ג כתב מג"א בסימן תמ"ו סק"א א"כ י"ל דלא התירו פרושים הדבר רק אם הבעל אינו רוצה לגרשה אבל אם אין עיכוב מצידו דתו אינה אנוסה י"ל דלא קפינן לה איסורא לכן צריך אמתלא בכה"ג.

ולפ"ד רש"ל שהובא בב"ש סימן קט"ו וס"י קצ"ח דאם ע"א אומר שזינתה והאשה מודה אסורה א"כ ה"נ בנידון דהלא"ב דכבר נשאת לשני והראשון עדיין אומר שקידשה קודם דתו אינו נוגע דהא אחר שנשאת אסורה לראשון א"כ דינו כע"א ואם היתה מודה היתה אסורה אלא דנראה דרש"ל לא אמר דאסורה מדינא דנאמנת נגד בעלה דאין דבר שבערוה פחות משני עדים כשרים אבל ע"א ואשה אין נאמנים אלא דהנ"ל כפי דאינה נאמנת לאסור עצמה על בעלה ונ"מ שאח"ד והא דאמרה נטמאתי מותרת תק"ח הוא דחששו שתתיר תאמר כן כשתתן עיניה אבל שיהא לה גם ע"א רחוק שיא ומלתא דלא"ש לא תקנו להפקיע ממנה איסור דשאכח"ד וראיתי בשו"ת הגאון מהרש"ז סימן ל"א קתר דעת רש"ל מקידושין דף ס"ו מדלא א"ל שהואיל לקמיה לשאול ואשתו אם תודה תיאסר גם אי לא מהימן כבי תרי ואם תכחיש גם אי מהימן שרי לפ"ד רשב"א במיוחסות לרמב"ן א"ו שדיבורה לא מעלה ולא מוריד אף בע"א תאסר דע"א לאו כלום הוא עכ"ל ולא הבנתי כוי דסתר דעת רש"ל וזה יאמר ע"ד רשב"א דלמא לא אמר שישאלנה שמא תכחיש ולא תאסר עליו אף אם מהימן לו כתרי ועכל"ל כיון דמהימן כבי תרי אין צריך לחפש קילא לשאלה שמא תכחיש כיון דאפילו תכחיש אפשר דמשקרת אלא משום חזקתה מותרת ואין לך אלא שידוש כשחזינן דמכחשת אבל לא לחדר אולי נוכל לעשות מהודאי ספק.

ומ"ה שהקשה על רש"ל נראה דא"ש לפימ"ש דגם לרש"ל אינה נאמנת מדינא נגד בעלה אלא דשאכח"ד א"כ למה יבאל אותה להביאה שתקבל איסור על עצמה כיון דשלא משום דשויתא עצמה חתיכא דאיסורא ליכא מדינא איסור כלל וכעין שאמרי בפ"ד דאבות אל תשאל לו בשעת נדרו למצוא פתחים להתיר את נדרו מפני שאז על כל פתח ופתח שתמצא לו יאמר אדעתא דהכי נדרתי ושוב לא תמצא לו פתח כמ"ש שם המפרשים הרי כיון דמדינא מותר ע"י פתח אין לשאול לו להביאו בקבלת איסור בהודאתו שיאמר אדעתא דהכי נדרתי ואפשר כונת מהרש"ז להוכיח דעכל"ל להרשב"א דכבר נודע דאינה מכחשת דאל"כ הוי ליה לשואלו לומר לשאול אותה וא"כ מוכח דלא כרש"ל מדלא אסרה שתואל רק אם מהימן לו העד כבי תרי אבל אינו הכרח וכמ"ש דהא בש"ס נקולא א"ל נברורי אם גם אחר הבירור יבאר ספק אחד מכ"ש אם השתא הוי ודאי איסור אין לברר שיהא רק ספק ונתיר אז מכח ספק לבד.

עוד כתב דכן משמע מרמב"ם פכ"ד מהלכות אישות הט"ו שכתב אמרה לו אשתו שזינתה אין ב"ד כופין עד שיעידו שני עדים שזינתה בפניהם וכ"כ רי"ו הרי דלא כרש"ל ונראה דאינו מוכרח דבלא"ה כתבו תוספת בריש זבחים דאפילו זינתה ברצון אין כופין אותו לגרשה ורמב"ם דק"ל דכופין י"ל אף דפשטה ואיסי דאפקדה אנפשה מ"מ כיון שכבר זינתה יש לחוש שתזנה עוד ותרגיל פרוצים אצלה כדאיתי בגיטין דף מ"ד ע"ב בשפחה אלי ב"ה אבל אם ליכא רק ע"א דמדינא אין נאמן להוציאה מחזקת כשרותה רק כיון שמודית שאכח"ד אין לכופו לגרשה אף דאסורה עליו ועוד כיון דמהכי אמתלא אם תחזור בה כהי דאמתלא שנתנה עכ"ב ל"מ לה לרמב"ם כמ"ש הה"מ פט"י הלכה חי"ת כיון דאינה נאמנת אין זו אמתלא מ"מ שמא תתן אמתלא אחרת ועוד דאין קושיא מהה"מ על רש"ל דהא ברמב"ם אינו מבואר דל"מ אמתלא דנתנה עיניה באחר וגם הה"מ לא אמר רק דאפשר לומר כן ויש לחוש שתתן אמתלא כמו שהוכיח בשו"ת רמ"א דבלבשה בגדי נידות ל"מ אמתלא ונלוקה בעלה עליה דאם היה מהני אמתלא יש לחוש שמא תתן אמתלא אך מדברי הרמב"ם פה"י מהא"ב הלכה חי מוכח דלא כרש"ל ומ"מ אין מוכרח דהרא"ש ס"ל הכי ומא דהביא בשו"ת מהרש"ז שם ראיה מהרא"ש שילהי גיטין הובא לקמן ס"ק מ"ח להלכה דלא מחסרא לבעלה בהודאות פיה וע"א המסייע לה אף שהוא קרוב הרי באיקוריס ע"א קרוב נאמן עיי"ש נראה דהא בלא"ה הקבו הדברי רא"ש שם סותרים למ"ש בשו"ת הרא"ש הנ"ל עיין ב"ש כאן סקכ"ב וק"כ שם סק"ע ונראה דודאי מה דאינה נאמנת לומר שכבר נתקדשה לאחר והעד מסייע לה דו"ל משום דעכ"ב שכרתו להעד ועיין תשב"ן עכין ע"ז ח"כ דודאי חששא רחוקה שישקר העד ומ"מ אינו נאמן דשמא שכור הוא ובאמת זה חשש רחוק דהא איתא בפ"ג דקידושין דף ס"ג ע"ב דבא אחד ואמר אני קידשתיה נאמן ליתן גט משום דחזקה אא"ח ולא לו וכהי דהתם משום דאינו מעיד להפקיעה מחזקתה נאמן גם בדבר שבערוה כמ"ש הר"ן שם מ"מ חזינן דהוי חזקה דאא"ח וכ"ל ומהימן כשאינו מעיד נגד חזקה וכיון דחשש רחוק שבכרתו לכן אם מודית לדבריו אף במקום חזקה שאכח"ד דהוי כמו רגל"ד דגם לומר טא"ל שאכח"ד כדאיתי בסי' קט"ו אבל בנידון הרא"ש בשילהי גיטין דאומר העד על אחות אשתו שקידשה כבר א"כ לדבריו רשע הוא דעבר איסור כרת לדור עם אחותה י"ל נמי שבכרתו משום דעכ"ב דומ"כ רשע הוא ואף דמטעם האמע"ר אין להות עדוהו באיסור כדמוכח לכאורה בגיטין דף כ"ג דאמר דמנסך ביין נפטריה כדי שיודיעו מ"מ מה לנו אם נאמר דשכרתו להעיד שקר או דנאמר דאמת מעיד ויושב עם אשתו באיסור כרת משא"כ בנידון שו"ת הרא"ש דזה המערער שקידשה קודם שנתקדשה לזה לדבריו לא עשה איסור לכן כיון דחששא רחוקה שיעיד שקר הוי רגל"ד ואפשר עדיף מרגל"ד לכן ס"ל בשו"ת הרא"ש דשאכח"ד ומ"מ לולא שאכח"ד אינה אסורה על הבעל דכיון דהוחזקה קודשת להבעל אין ע"א נאמן להוציאה ממנו אף דהאשה מודית דעפ"י שני עדים יקום דבר ואף דקי"ל בפ"ק דסנהדרין דפ"ד חדא לפימ"ש הרשב"א בתשובה אלף רל"ז ל"ל בכה"ג פ"ד כמו באמר אני זניתי עם אשתך ועוד הא דפלגינן דיבורי' משום דגזה"כ אדם קרוב אצל עצמו ולא נפסל ע"י עצמו אבל לעשות רגל"ד מכח דיבורו דרחוק דעד מישראל ישקר אי אפשר דאף אם פ"ד הרי ע"כ משקר במה שאומר על עצמו נ"כ י"ל אדרבה משקר לגמרי מחמת שבכרתו דאין מן הסברא לפלוג דיבורו.

והנה מדברי תשובת הרא"ש הללו נראה דאם היתה נאמנת נגד בעלה לא מועיל אמתלא וזה ראיה להב"ת לעיל סימן וא"ו ס"ג והוו"ד בסימן

קפ"ה סק"ה דאמתלא ל"מ רק לענין שאנח"ד ולא היכא דנאמנת גם כנגד אחר ובהגהות הגאון רצ"פ שם חולק על השוו"ד ולפימ"ש לעיל י"ל דטעמו של הרא"ש כיון דהודית לאחר ל"מ אמתלא לגבי האחר אלא לדידה דאומרת ברי ולעיל סימן וא"ו ס"ג הוכחתי מהרמ"א סימן ד' סכ"ע דלא כהב"ש וחוו"ד.

סימן מ"ז

ס"ד אם אמרה נתקדשתי לפלוני שוב א"כ לומר פנויה אני דלאו כ"כ לחוב לו ולהפקיעה עצמה ממנו בנו"ב חא"ע סימן נ"ד חקר מה זכות יש לו בארוסה דבידה שלא תנשא לו רק אם יקדשה מחדש יצטרך עוד כסף קידושין לכן השאלה דאם אמרה דנתקדשה לפלוני בפני עד אחד דבלא"ה צריך ליתן מעות קידושין, הנית הוי כאיסור לבד דמועיל אמתלא עיי"ש ודחוק דהא צווחת דאינה רוצה בו ולא תקבל קידושין ממנו אלא דאפשר תתרצה בו א"כ הוי רק ספק פרוטה ובתוס' פרק עד כמה כ"ה ב' כתבו דשיערו חכז"ל דהספק שוה רק מחצה א"כ ה"נ הוי רק חצי פרוטה דאינו ממון כלל לכן נ"ל לפימ"ש מהרי"ק שרש כ"ט והובא ברמ"א לקמן סימן ע"ז דארוסה שאינה רוצה בהתנה אין כופין אותו לגרשה א"כ ממ"נ או תתן לו מעות שיגרשה ולא תשב עגונה או תנשא לו ויהא לו זכות נשואה בה ועתוס' פ"ק דב"ב דף י"ב ע"ב בד"ה מעלינן.

המ"ה סק"ד במגו דגרשתני הנה לפימ"ש הריב"ש סימן קל"ג דאם בא לסתור דבריו הראשונים לא מהימן במגו והביא ראיה מב"ב קכ"ז ע"ב אמר עבדי הוא וחזר ואמר בני אינו נאמן אף דיש לו מגו ליתן לו נכסיו במתנה עיי"ש א"כ ה"נ ל"מ מגו אך נ"ל דדוקא בנידון דהריב"ש דתחלה אמר האב שלא נתרצה בקידושי בתו הקטנה והיא פנויה ואח"כ חזר בו דלדבריו עתה עשה רע מתחלה לומר על בתו שהיא באמת ארוסה שאינה ארוסה וכן בש"ס דיאמר על בנו שהוא עבד להכהים זרעו משא"כ הכא דתחלה אמרה נתקדשתי לפלוני גם כי שיקרה מה רע הא פלוני אינו מתחייב כלל בדבריה וכה"ג מחלק בנוב"ת חא"ע סל"ח לענין אמתלא וכיון דראיית הריב"ש אינו מוכרח רק בכגון נידון דידיה אין להוסיף כיון דגוף הדבר חידוש דמסברא י"ל מה שטוען עתה יותר אמת כיון דיש לו מגו וזה דלא כנתיבות בס' ע"ב סק"י עיי"ש.

וב"מ והאחרונים הקשו מה לו להחמ"ח להמגו דגרשתני הא בלא"ה נאמנת משום חזקה דאינה מעיזה כמו גרשתני ונראה לפימ"ש הרשב"א בחידושיו לגיטין דף ס"ד דהיכא דעד אחד מסייעה ליכא חזקת אינו מעיזה וכ"כ הה"מ פ"ט מה"א הל"א וכן הוא לעיל סימן י"ז בטוש"ע ס"ב והנה בר"ן פסה"ד כתב דמגו מועיל להכחיש עד אחד כשאינו מחו"ב קבועה והובא באחרונים בכללי מגו הרי דמגו עדיף מעד אחד וא"כ כמו דאם ע"א מסייעה יכולה להעיז ה"נ אם מגו מסייעה לכן הקשה החמ"ח דתהא נאמנת מחמת המגו וא"כ לפימ"ש הב"ש לקמן סימן פ"ה סוף סקל"ז לק"מ דה"כ כיון דהנאמנות בגרשתני משום דאינה יכולה להעיז בפני בעלה ממילא בטענה אחרת ליכא מגו וכ"ד לשאר מגו דהעזה דיכול להעיז אך קשה ממ"כ תהא נאמנת משום חזקה דאינה מעיזה מה תאמר משום המגו דמסייעה מעיזה א"כ תהא נאמנת בהמגו מה תאמר דאין זה מגו דא"י לומר גרשתני דא"י להעיז וליכא מגו א"כ תהא נאמנת לומר לא קדשתני דחזקה דאינה מעיזה גם בטענה זאת.

ובדרישה הרי הקשה על השו"ה ממ"נ אם לא קידשתני הוי העזה כגירשתני אנ"ל דתיהמן במגו דגרשתני ואם זה אינה העזה כגירשתני ליכא מגו דא"י להעיז עיי"ש ובלא"ה ק' למה ישתנה טענת לא קידשתני מגירשתני לענין העזה וכבר כתבתי בסמוך לתרץ ואם נאמר כנתיבות דלעיל דכללא הוא דמגו ל"מ לסתור דבריו הראשונים י"ל ה"נ חזקה דאינה מעיזה לא מהני דהא חזקה דא"א פת"ז ג"כ חזקה ומכח סברא ובעיא בפ"ק דב"ב דף ה' אם נאמן במגו כנגד אותה חזקה הרי דשקולין ובריב"ש כתב דא"כ במגו לסתור דבריו הראשונים דאנן סהדי דמשקר כדאמרינן בפ"ב גבי אמר עבדי וחזר ואמר בני א"כ גם חזקה לא מועיל כנגד אנן סהדי ומאי אינו רק מכח אומדנא שכך אמדוהו רבנן ומכח בציאת דודאי עדים עדיפי והא גופא חידוש הוא לגלה דהכריחו הריב"ש מן הש"ס וא"כ כשיש מגו וחזקה ודאי מהימן גם לסתור דבריו הראשונים דכל אחד בפ"ע הוי כאנן סהדי ומכח אומדנא ואמרינן ביומא פיוה"כ דף פ"ג אע"ג דתרי כמאה ומאה כתרי ה"מ לענין עדות אבל לענין אומדנא בתר דעות אזלינן וא"כ הכי נמי לענין אומדנא דכל חד בפ"ע הוי כאנן סהדי לכן לא הקשה החמ"ח דתהא נאמנת מחמת חזקה דאינה מעיזה רק מחמת דיש לה נמי מגו והנה י"ל דאין זה מגו דאינה רוצה לומר גרשתני דתתסר לכהנים ולקרוביו אלא כ"מ אם כבר נתגרשה פ"א מפלוני זה ולפ"ז שפיר ק"ל להחמ"ח כהב"ש דלקמן סימן פ"ה סקק"ל וס"ל כהריב"ש דל"מ מגו לסתור דבריו הראשונים אך כ"ז אם הטעם דבאומרה לפלוני ל"מ אמתלא היינו כגון זו האמתלא משום שקפלו עליה דלי"ה ל"ל לפלוני דאין אמתלא על זה כלל כמ"ש בנו"ב סימן סמוך ועל"א וא"כ סותרת מגם דבריה ולפ"ז צ"ל דהחמ"ח ס"ל דגם בלא אמתלא מהני מגו וכדעת מהרש"א הובא בישעי"ק בר"ס מ"ה וכן ר"ל המקנה בדעת הר"ן אבל אפשר הא דמקשה החמ"ח די"ל מגו היינו עם האמתלא א"כ אינו ענין לדברי ריב"ש ועמ"ש לקמן ר"ס מ"ה.

מה שהקשה החמ"ח דתכ"ד כד"ד עיין פי' רשב"ם ב"ב קכ"ז ע"ב וכמ"ש שם גבי אמר עבדי וחזר ואמר בני דגם תכ"ד א"י לחזור בו והטוש"ע חו"מ סימן רע"ט חולקים ועיין מהרש"א בפ"ב דכתובות דף כ"ב בד"ה מכין.

סימן מ"ח

ס"א קידשתיך בטור כתב בפני פו"פ משמע אם אמר סתם קדשתיך יכול לפרש דבריו שלא בעדים וכ"כ הרא"ש בתשובה הב"ח וב"ש וקשה א"כ לעיל סימן מ"ז ס"ד דאם אמרה נתקדשתי ואחר כ"ד אמרה פנויה אני אינה נאמנת בלא אמתלא ולמה הא יש לה מגו די"ל שלא היו הקידושין בעדים וצ"ל כמ"ש ריב"ש סימן קל"ג היכא דבא לסתור דבריו הראשונים לא מהני מגו ולעיל בסימן מ"ז נסתפקתי אם גם בכה"ג ל"מ מגו ומכאן מוכח דגם בכה"ג לא מועיל מגו ואין לדחוק דמיירי לעיל שאמרה נתקדשתי בפני עדים דהא לעיל לא כתב הטור כמ"ש כאן אך אפשר היכא דשאנח"ד א"י לחזור ע"י מגו דאפילו

דאפילו בעדים יש דעות דאסור וכמ"ש ישועות יעקב כאן ומהרש"א פ"ק דכתובות דף ט"ת ע"ב וכן מהר"ש שאף שם בד"ה ודאי ס"ל דמגו מהני גם לענין שאכה"ד ובה"ש לעיל סימן ד' סקל"ז הביא מהרלב"ח ח"א שנ"ס דאם יש ידים מוכיחות שמשקר אין אומרים שאכה"ד ואפשר לחלק בין יש ידים מוכיחות דמשקר בשמודה דלא נתקבלו דבריו משא"כ מגו הבא לאסור בשהור ומפרש לפימ"ש ביד המלך פ"ט מה"א הט"ו דשאכה"ד הוא דנאמן מכח מגו דבידו לאסור על עצמו בקונם עיי"ש א"כ בשחור אף דיש לו עכשיו מגו מאי אולמא הך מגו דהשתא ממגו דמעיקרא ואדרבה יש לשעמידו על מה שהחזקנו אותו עד עכשיו באיסור וכ"ד לאם עדים מעידים כדבריו של עכשיו או יש ידים מוכיחות דמעיקרא היה משקר דאכן שהדי עדיף ממגו ולפ"ז י"ל כתי דברי החמ"ה שבש"ם מ"ז הא דהקשה דתהא נאמנת במגו אף דאין מועיל אמתלא על מה שאמרה דנתקדשה לפלוני או דאין לה כלל אמתלא על מה שאמרה לפלוני דלא היה צריכה לומר לפלוני מ"מ תהא נאמנת עכשיו במגו אף דמגו ל"ת נגד שאכה"ד היינו דמאי אולמא מגו דהשתא ממגו דמעיקרא אבל כיון דיש עכשיו ג"כ חזקה דאינה מעיזה פניה בפניו שפיר עדיף ממגו דמעיקרא אבל מכח חזקה לבד לא היה קשה כיון דהיה לה מגו כשאסרה על נפשה ומגו וחזקה שקולין ועיין בשו"ת בית אפרים חא"ע סימן א' וסימן ז"ן דהוכיח מדברי ר"ש מקינון וש"ך בכ"ת סימן פ"ב דגם בשאכה"ד יכול לחזור בו אם יש לו עכשיו מגו עיי"ש וא"כ הק"ל נמה לעיל סימן מ"ז ס"ד לא מהימנן לה במגו ונראה דהא ק"ל להרא"ש וטוש"ע לעיל סימן ע"ו דאכן טעינן לה שנתקדשה בלא עדים וע"כ ס"ל דסכיה דלא ידעו דאין קידושין בלא עדים דאל"כ מנתא דל"ש אם לא טעין לא טעינן ליתמי כדאית' בחו"מ סימן ק"ה והרא"ש לפרק הכותב כתב דלא אמרינן מגו דהיתה יכולה לטעון טענה אחרת שאפשר לא ידעה הדין דלאו כ"ע דינא גמירי א"כ ה"נ אין לה מגו והא דלעיל סימן מ"ז לא מלינן דנתקדשה בלא עדים ה"ט כיון דאינה הותרת רק פנויה אני א"א להתירה דשמא באמת נתקדשה בעדים ולעיל סימן ע"ו דכבר נשאת לאחר טעינן אכן כיון דנשאת לאחר קתמא נתקדשה לראשון בלא עדים דאל"כ לא היתה נשאת לאחר דחזקה אין אשה מקלקלת א"ע ליושב באיסור א"א כל ימיה כמ"ש הרא"ש שילהי נדרים ומה דלא הותרת עכשיו כן לא אכפת לן דאפילו האמר שנתקדשה לראשון בעדים לאו כל כמינה להפקיע עצמה מיד שני כמ"ש הרא"ש שילהי גיטין אך להש"ך בחו"מ סימן ק"ו סקכ"ו דלא מרעינן מגו משום שמא אינה יודעת צ"ל דלא שכיח לקדש בלא עדים כיון דמעשים בכל יום דמייחדים עדים לקידושין וא"כ הוי מגו לטעון טענה דל"ש דאינו מגו וכאחרונים שהעלו בכללי מגו בזה כהר"ש מקינון דלא כהש"ך שם ואאת"ל דגם זה לא שכיח שמשקר לומר נתקדשתי והוי מגו מל"ש לל"ש מ"מ בזה שטוענת שמחלה דברה שקר שיא רק דהיא עשתה דבר דל"ש אבל לטעון דנתקדשה בלא עדים ל"ל דהמקדש והמתקדשת עשו מידי דלא שכיח והא דלעיל סימן ע"ו טעינן אכן דנתקדשה לראשון בלא עדים אף דמנתא דל"ש צריך לומר בעלמו משום דכבר נתקדשה לאחר וזה יותר לא שכיח שא"א תלך להתקדש לאחר דחזקה אינה מקלקלת א"ע ליושב באיסור א"א כל ימיה.

בעצ"א הקשה מלעיל סימן מ"ז דאם חזרה אחר כ"ד ואמרה פנויה אני א"כ בלא אמתלא למה לא תהא נאמנת לפרש דבריה שנתקדשה בלא עדים או נתקדשה על תנאי ולא נתקיים א"ו קתם קידושין היינו קידושין גמורין דלא כחמ"ס וב"ש ואינה הוכסה די"ל א"כ דזה הוה אמתלא טובה ולהכי נקט וחזרה ואמרה פנויה אני דהיינו שחזרה מדבריה שאמרה תחלה דאם מפרשת דבריה שהיה בל"ע או ע"ת אינה חזרה.

סימן מ"ט

ס"א וכתב לה כתובה כ"כ הרמב"ם בפ"ט מה"א ובהשגות הקשה נהי דס"ל דארוסה אין לה כתובה משכחת שהתנה עמו שיתן לה כתובה וא"ל שכתב ואבדה וה"ה"מ כתב דעוד משכחת בלא אבדה כגון שלא נזכר שם האשה בכתובה עיי"ש ונראה דרמב"ם מיאן בכ"ז דהא בעל"א הקשה גם בלא טעם קנס על שעשה איסור יחויב כמו בנפקד בחו"מ סי' ש"ן דהוי ליה למידק אך כיון דכתב לה כתובה ונתן בידה והיא אבדה ל"ל דה"ל למידק דהא ע"י כתובתה יהא ניכר ואבדה לא שכיח דה"ל ליזהר בכתובתה וכדאית' בפ"ק דב"מ דף י"ב ע"ב דבשטר כשך אדם נזהר לשמרו וא"כ תנאתי בדריסת אחרי בכ"כ.

עוד נראה לפימ"ש הב"מ ביישוב קושית הב"ש למה לא ישבעו כולן דמשום דלא שכיחא דאם עידי קידושין הלכו למדה"י יש לחוש שיבואו ויכירו המקודשות ויהא ש"ש מתחלל באראע שנשבעו לשקר א"ד וא"ל משום דלא שכיחא דאפילו מתו העדים או הם אין מכירין אותה דשתמא כן הוא כיון דהמקדש אינו מכירה והעדים א"ל להכירה כמבואר בחידושי מהרי"ט ובאב"מ סי' מ"ב סק"ע וסימן ל"א סק"ד ובשאר אחרונים דהא מכסין פני הכלה כמ"ש רמ"א בסימן ל"א ס"ב מ"מ כיון שכתב לה כתובה ואבדה יש לחוש שאחר שבועות כולן תמצא הכתובה ושמה כתוב בה ומיושב ג"כ הטור שכתב לשון הרמב"ם שכתב לה כתובה ואבדה והרי ס"ל בסימן כ"ד דארוסה יש לה כתובה אפילו ל"כ לה.

ובקרבן נתנאל פע"ו מיבמות אות ל"ב כתב דלפיכך אין הנשים נשבעות דהחמש נשים תובעין אותו ואם היה טוען ברי כמו הן שאינו חייב אלא לאחת מהנה שידוע לו היה נשבע ופטור ועכשיו שטוען שמא הוי מחויב שבועה דאורייתא דהא מודה באחת מהן וא"י לישבע ומשלם משא"כ לענין גזל השבועה לנגזלים כדתנן אלו נשבעין ונוטלין הנגזל מש"ה כ"א נשבע וקלשי הפ"ת כאן ודבריו שגגו מתכי דהא אם טוען ברי לא קידשתי אלא אחת מכם וזו היא אינו חייב נגד השאר רק היסת דנגזן כופר בכל וכן מבואר בהג"א שהובא בש"ך סי' רכ"ב סק"ב ופשוט וא"כ עכשיו שאומר א"י איזה הוי רק משא"ל היסת ועוד הא כתבו תוספת בב"ק ק"ג ע"ב דזה לא הוי כבו"ש כיון דהוא כמי טוען ברי שאינו חייב רק לאחד גם מ"ש בק"כ משא"כ לענין גזל השבועה לנגזלים איני מבין דהא הא דנגזל נשבע קנס הוא שקנסו לגזלן כמ"ש הפוסקים הובאו בש"ך ריש סימן לד"ק ולדברי ק"כ דכאן הוי משאיל"מ אם כן מדינא א"ל הנגזל לישבע כלל כמבואר בחו"מ סימן ע"ה ס"ב ואין זה בכלל התקנה להטיל על הנגזל שבועה שאינו מחויב.

והמקנה כתב כיון דבועל ארוסתו נפסל לעדות ולשבועה כמ"ש הסמ"ע סי' ל"ד סק"ד והנ"ב

והכפים ג"כ מוהרין לכן א"ל שישבעו את"ד אמנם לפי מה שהביא התומים בסימן ל"ד ס"ק כ"ב מחידושי רשב"א ס"פ הכונס שהקשה על הא דנשבע שא"ב הא חמסן פסול מדרבנן ותירץ דלא ה"ל הכרזה ולא נפסל עיי"ש א"כ מוכח דגם לשבועה ולאותו דבר שנפסל בה לא נפסל בלא הכרזה להפטר משבועה ובפ"ת לחו"מ סי' ל"ב סק"ג הביא מהגאון רע"ק זלה"ה דפסולי דרבנן בלא הכרזה אם חייבים שבועה דרבנן ואם נפסלים לשבועה יפטרו לגמרי צריכין לישבע אם לא הכריזו עליהם דלא מפסידינן זכותא דאחריני כ"ז שלא הכריזו ובלא"ה"כ פשיטא להבית מאיר לקונן סי' כ"ה סק"ג דביאה ראשונה שמתקדשת בה היתר הוא וכן הוא בישועות יעקב שם בפירש הקצר ועמ"ש לעיל סימן כ"ו:

סימן נ"ן

ס"א וכן אם היו קידושי ספק כ"כ בהגמ"ר פרק האומר סימן תקס"ל ז"ל אדם שגירש אשה מן האירוסין קודם שהכניסה לחופה ותובע ממנה הכסף או הטבעת שנתן לה בתורת קידושין ופסקת תלמודא בפרק מי שמת בין שהרגיל הוא הקטטה בין שהרגילה היא אין מחזרת לו הקידושין גזרה שמא יאמרו אין הקידושין ויבואו לסתירה באחותה בחייה אבל הדין לא נתברר דהא איפלגי תנאי אי קידושין לטבוען נתנו ולא אפסקא הלכה כמאן לטבוען פירש כשנתן לה הקידושין כאלו נטבעו בים ולא ישוב עוד אליו אבל בקידושין ע"ת ולא נתקיים או בקידושי ספק מוכח בפרק המדיר בסופו דלכ"ע לאו לטבוען נתנו עכ"ל ובפרק המדיר הכי איתא אר"י א"ש המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור על בעל החמור להביא ראיה שהיה חמורו קיים בשעת משיכת הפרה ותנא תונא כלה אי כלה איניתא כלה בבית אביה מי דמי התם מייתי האב ראיה ומפיק הכא מייתי בעל החמור ראיה ומקיים ארנב"י כלה בבית אביה ולקידושין ולא תימא איצטא דנ"ד קידושין לאו לטבוען נתנו אלא אפילו למ"ד לטבוען נתנו ה"מ קידושי ודאי אבל קידושי טעות אי מייתי ראיה אין אי לא לא עכ"ל והקשה אב"מ דמוכח דקידושי ספק נמי א"ל להחזיר ומש"ה מייתי ראיה לדר"י א"ש דבעל החמור צריך להביא ראיה ומשום דאזלינן בתר השתא וכשעת מליאתן וכמ"ש תוספת שם בטעמא דר"י ומש"ה אי לא מייתי האב ראיה צריך להחזיר הקידושין אע"ג דמוחזק אבל אי כוונא דבספק קידושין צריכה להחזיר הקידושין היכא מוכח דבעל החמור מייתי ראיה הא שאני קידושין דגם בספק צריכה להחזיר לכן צריכה ראיה שהיה ודאי קידושין אבל בחמור ופרה ומספק א"ל להחזיר כיון דמוחזק וא"כ מביא הגמ"ר ראיה לסתור ועיי"ש באב"מ שתירץ דראיית הגמ"ר ממסקנא דהש"ק דליתא להא דאר"י א"ש אלא הכי א"ש הנולד ספק ברשותו עליו הראיה ופירש הרא"ש דעל בעל הפרה להביא ראיה כיון דהבר חשוב החמור ברשותו אחר שמשך הפרה וכלה בבית אביה דאב מייתי ראיה אף דהאשה כבר ניקנית לבעל ע"י קידושין אפ"ה לא הוה ברשות הבעל לגמרי משום דעדיין הבת ברשות אביה נ"כ לכמה דברים לנדרים וירושה וכיוצא וכיון דבבית אביה אינו אלא ספק א"כ אמאי צריך האב להביא ראיה כדי שלא יחויב להחזיר הקידושין כיון דהוא מוחזק וכ"ל הא דאב צריך ראיה ליטול הכתובה דהא ועיקרא אמרו דלכל מילי צריך האב ראיה א"ו מוכח למסקנא דקידושי ספק צריך להחזיר דלא כהמא"ם שהקשה על הגמ"ר דלמסקנא אין ראיה ורנב"י אפשר דלא ס"ל כאוימר אבל מאחר דאנן קי"ל כאמימר גם בקידושי ספק יש לגזור את"ד האב"מ ובאמת קושית הח"מ נכונה דלמסקנא אל"ל דמתניתין דהאב צריך ראיה שלא להחזיר הקידושין אלא ליטול כתובה וכן פירש האוריין תליתאי דברי הח"מ ועוד נהי דקי"ל להגמ"ר דבספק קידושין לא גזר אמימר מ"מ מדינא א"א להוציא מחמת ספק מהמוחזק וגם צריך הבנת דברי הגמ"ר שכתב דהדין לא נתברר אי לטבוען נתנו דמה כ"מ כיון דמסיק אמימר דמשום גזרה אין מחזירין הקידושין לכן נראה טעמא של הגמ"ר דבספק קידושין יש ס"ס לענין מעות הקידושין שמא לא נתקדשה ואת"ל דנתקדשה מ"מ כיון דאנן מספ"ל ואסור בצעילה ונשואין ע"י ספק קידושין הללו אלא צריך לקדשה פעם שנית ככל ספק קידושין כדלעיל סי' ל"א ס"ד וא"כ למ"ד קידושין לאו לטבוען נתנו דלא נתנו רק ע"ד שישאנה ע"י קידושין אלא ה"נ צריכה להחזיר הקידושין וכיון דהוי ספק אי הלכה דנתנו לטבוען הוי ס"ס ועי"י ס"ס מוציאין ממון לדעת כ"פ והבא די"ב כמי חמ"ק וחזקת פנויה לכ"ע מוציאין ממון וכ"ז לדידן דמספ"ל אם לטבוען נתנו אבל לרנב"י דאליהו דר"י א"ש גם למ"ד ודאי לטבוען נתנו ואדרבה כל ראייתו אינו רק לאותו מ"ד כמבואר בא"ש גם א"כ לא נשאר רק ספק אחד אי נתקדשה ומ"מ אם לא מייתי האב ראיה צריך להחזיר הקידושין וע"כ משום דדנין כשעת מציאתן וה"נ במת החמור וס"ל להגמ"ר דכה"ג דאהני טעמא דשעת מציאתן לענין ממון שצריך להחזיר מ"מ גבי צריכה וכמ"ש ההגמ"ה כאן וב"י וב"ח בביאת הטור לעיל סימן נ"ט והובא בב"ש שם סק"ח והרי מוכח לרנב"י דבספק קידושין ליתא לגזרה דאמימר אף דצריכה גט.

ובזה יש להבין מה שכתב הגמ"ר לטבוען פירש כאלו נטבעו בים ולא ישוב עוד אליו מה צריך זה לתשובתו אלא דהמ"ל הפירש דלטבוען נתנו טעמא קאמר להכי אין הקידושין חוזרין אף דאדבנה היא קטטה או מתה משום דהוי כאלו נטבעו ומתייאש דלא ע"ד הוה שלא תנשא לו דלפ"ז אפי' בקידושי טעות או בקידושי ספק אמת"ל דלא חלו כלל הקידושין מ"מ הבעל נתייאש ואין ראיה ונק"פ המדיר וכמ"ש לעיל סימן כ"ז דסתמא ידעו האב והבת ומהמוה והטעו אותו דהוי באיסורא בא לידם או דהיינים מדינא דגרמי שגרמו לו להתייאש ומש"כ בשאר קידושי ספק דכמו שלא ידע הבעל גם האב ובתו לא ידעו לזה כתב דהפירש דדינא קאמר לטבוען נתנו כאלו נטבעו בים ולא ישוב עוד אליו ומאחר דחלו הקידושין וא"כ בספק קידושין יש שתי ספקות.

עוד י"ל קושית האב"מ דהא דמייתי ראיה מכלה בבית אביה למחליף פרה וחמור היינו משום דיש חזקת הגוף בחמור לומר השתא אחר משיכת הפרה מת לזה מוכיח מכלה בבית אביה דגם כן יש חזקת הגוף לומר אחר שנתארסה נולד המום ומ"מ אם אין האב מייתי ראיה צריך להחזיר הקידושין משום דהשתא יש בה המום י"ל כשעת מציאתן עומד כנגד חזקת הגוף דמעיקרא וממילא אהכי חזקת מרה קמא דבעל אף דבכור בשלמים שאה בשלע ובמוכר שור ונמלא נגחן לא מהני חמ"ק להוציא כבר כתב הפנ"י בפרק המדיר דף ע"ו בד"ה אמנם בביאור דברי ריצ"א שבתוספת שם כיון דבלא טענתו נולד ספק

לב"ד

לב"ד בענין הזמן אף דטוען ברי ומוחזק לא מהני נגד חמ"ק משא"כ בממכר שור ובכור בשלמים שאין הספק אלא מצד טענתם עיי"ש וא"כ בשאר ספק קידושין דליכא חזקת הגוף ממילא מהני חמ"ק לענין ממון ולא לענין איסור א"א וכמ"ש הר"ן בפ"ק דקידושין אשה דנתן הוא ואמרה היא.

ובישועות יעקב הביא מהריטב"א פרק האומר דף ע"ט שכתב אהא דקידשה אביה בדרך וקידשה א"ע בעיר דרב אמר הרי היא בוגרת לפנינו ושמואל אמר מקודשת לשניהם מספק והלכתא כרב והקשו למ"ל הלכתא כרב הא בכ"מ הלכתא כרב באיסורי ותירץ דכ"מ גם לממון דלרב האב צריך להחזיר כסף קידושין ומוכח דלשמואל א"ל להחזיר דהוי ספק מקודשת הרי דלא כהגמ"ר את"ד ואינו ראיה דהתם כיון דהספק בין האב והאשה אין לחייב שום אחד משום חמ"ק ומשום ספק דאם תאמר אחד הקידושין מוחזקין לו משום חמ"ק מקלקלת לאידך דיפקיד והרי גם לאידך יש חמ"ק וספק וכה"ג איתא בסימן ק"ן סמ"ג ובס"ס ק"א ביו"ד דגם בשני בני אדם אמרינן הכי ואפילו לרמב"ן שם דבשתי קדרות של שני ב"א ובאו לשאול זא"ז תולין להקל בשניהם באיסור דרבנן היינו באיסור דרבנן אבל הכא בממון אם תאמר האב צריך להחזיר וגם בתו צריכה להחזיר ע"כ מחייבת לאחד בחנם לפטור אחד ולחייב אחד אי אפשר דמאי חזית דדמים דהאי סומק טפי ואת"ל גם בזה יש לחייב שניהם משום חמ"ק מ"מ עד כאן לא קאמר הגמ"ר דגזרה דאמרי שלא יאמרו מותר באחותה אינו אלא בודאי קידושין דודאי אסור באחותה לא בספק אבל בקידשה אביה לאחד והיא קידשה א"ע לשני דודאי אחד מהמקדשין אסור באחותה ואם האב והבת יחזירו הקידושין שייך גזרה דאמיתר דאחותה ודאי אסורה לאחד מדינא ואפשר ישאו אחתה שניהם כשתתאלמן או תתגרש או ישאו שניהם שאר קרובותיה.

אך זולת קושית החמ"ה ק"ל עוד על ראיית הגמ"ר דנראה דהתנאים דפליגי אי קידושין לטבועין נתנו כע לא חשו לגזרה דאמיתר דאפילו מ"ד לטבועין נתנו היינו דהמקדש נתן וגמר על דעת שיטבעו אלמא הקידושין, דמתייאש מהן וגמר וכתן לחלוטין כמ"ש בעליות יי בא"ז בב"ב שם ועכל"ל דאמיתר חידש אותה גזה כדמליכו כמה תקנות שתקנו האמוראים כמו הישת ואפילו הגאונים תקנו כמו דינא דמתיבתא במורדת ומלטלי דיתמי להגבות לבע"ח וא"כ מאי ראיה מרבה דפרק המדיר דקאי על המשנה דמינה מייתי ר"י אם ראיה למהליף פרה בחמור וביותי המשנה לא והה בזרת אמיתר תדע דהא הגמ"ר גופא אמר דסקנא דאין מחזרת לו הקידושין משום גזרה אבל הד לא נתברר ואם אמיתר פוסק כמ"ד לטבועין נתנו שום גזרה הרי נתברר הדין כמ"ד לטבועין נתנו לה לי אם מדינא או מגזרה נתנו לטבועין אך יש דחות דכ"מ להגמ"ר לענין ספק קידושין דלא גזרו ואם היה מתברר הלכה כמ"ד לטיבועין נתנו מנא גם בספק א"ל להחזיר או כמ"ש הב"מ דחמ"מ לא גזר רק דב"ד לא יזדקקו לגוביא ממנה אבל תפס הבעל אין מוציאין מידו ואף דתנאי דהתם פ"ב פליגי בודאי קידושין ואשת כהן שנאנסה אם צריך להחזיר הקידושין מ"מ אמיתר הכריע משום גזרה דלטבועין נתנו אבל בספק קידושין או תפס המקד יי"ל לא הכריע אמיתר וגם לא חידש הגזרה מדוכו ולהבא אלא דקאמר די"ם לחוש לאותו גזרה מכבר.

ועוד הקשה החמ"ה גם בס"ק ש"ך הגזרה דיאמרו קידושין תופסין באחותה והמקנה וישועות יעקב וח"ס תרלו דאם לא תחזיר יש חשש להיפך דיאמרו קידושין גמורים היו וודאי אין קידושין תופסין באחותה ואין נראה דהחששות הללו אין דומין דאם תחזיר הכסף קידושיה יטעו וישא אחותה והוי רק טעות אחד אבל אם לא תחזיר הקידושין החשש רחוק דקודם יטעו דקידושין תופסין באחותה וישא אותה ומהיכי תיתי חשש טעות זה כיון דלא פסקו להחזיר לו הקידושין אין יטעו דלא הוי קידושין ואם יטעו וכבר קיבלה אחותה קידושין מזה איך תלך ותקבל קידושין מאחר אלא שיטעו א"כ בהיפך מטעות ראשון דהשתא יאמרו דודאי לא תפסי בה קידושי מחמת דאחותה היתה בודאי מקודשת ונוסף בטועים ובטעותים ומהיפך להיפך ועוד בשלמא אם נהייבה להחזיר יטעו דודאי אין מקודשת דקברא הוא מספק אין מוציאין ממון כדאיתי בב"ק קף י"ו ע"ב אבל אם נניח הקידושין אצלה מהיכי תיתי יטעו דהוי קידושי וודאי כיון דקברא דמספק אין מוציאין ממון ואי משום דמדינא כאן היתה צריכה להחזיר בספק קידושין אטו כ"ע דינא גמירי ואם יחקור אחר הדין יתברר לו נמי דהוי ספק קידושין ועוד אינו דומה אם תחזיר עשינו מעשה הגורמות לטעות אבל אם לא תחזיר לא עשינו מעשה.

ונ"ל לפמ"ש בהגהות או"ה כלל נ"ט בשם א"ז אהא דאם אפה פת עם פשטידא של בשר וזב תחת הפת אסור לאוכלו אפילו עם בשר שמא יבא לאוכלו עם חלב אבל בספק זב תחתיו מותר לאכול עם בשר דהוי ס"ס שמא לא זב תחתיו ואת"ל זב שמא לא יאכלנו עם חלב והש"ך יו"ד סימן צ"ז כתב דזה אינו ספק כיון דרגילות לאכול פת עם חלב קרוב הדבר לאכלו עם חלב עיי"ש וא"כ כאן דרחוק שיטעה לישא אחותה כיון דגיטה מוכיח כדאמר בב אשי אלא דהגולא אמר איכא דלא שמע מהבש א"כ בס"ק הוי ס"ס שמא אינן קידושין ואת"ל דהוי קידושין שמא לא יטעה לישא אחותה.

ומה שהביא החמ"ה ראיה מקטנה לבחורה לאו קושיא דגברא אגברא רמית וי"ל להגמ"ר לא ס"ל לגזור בקטנה אלא הא המחבר כתב קטנה המומאנת צריכה להחזיר אבל בגירשה לא כתב והרי הוא כמבואר דדינה כגדולה שכתב תחלה בגירשה א"ל להחזיר וא"כ למה פסק בס"ק צריכה להחזיר ונראה דמ"ש הגאון דבקטנה שייך טעם דאמיתר עכל"ל דס"ל הלכה קידושין לאו לטיבועין נתנו היינו דאינו גומר ונותן לחלוטין אלא מ"ד דאין קידושין חוזרין במת הוא או היא או גמשה או הדרה בה היא הכל רק מטעם גזרה משום אחותה או שאר קרובות וכמ"ש מהרמ"ל בתשובה י"ע וא"כ בקטנה שנירשה לולא הגזרה היתה צריכה להחזיר אבל להגמ"ר שכתב דלא נתברר הדין אם הקידושין לטבועין נתנו ולהכי בספק קידושין צריכה להחזיר משום ס"ס כמ"ש לעיל א"כ בקטנה דליכא ספק בקידושין רק ספק אם לטבועין נתנו אין צריך להחזיר מדינא והמחבר פסק כהגמ"ר והא דממאנת צריכה להחזיר כיון דודאי נתבטלו הקידושין למפרע דתנן דמותרין בקרובין ועוד כיון דיכולה למאן ודאי אומדן דעת דמעיקרא לא גמר ויהיב הקידושין לאיבוד אם תמאן.

מן הנשואין הקידושין חוזרין בתורת חיים על ב"ב דף קמ"ה הסיג על זה ולפימ"ש ב"ש בס"ק מתשובת מהרי"ט מיכן סימן ל"ו הטעם משום מה שסוה הקידושין יותר ופרוטה הוי כאלו נתן לה במתנה והוי מתנה דבר העשוי להתנאות שמגין לה כמ"ש לקמן סימן ל"ט עכ"ל מיושב בזה השגות הת"ה אך הב"ת תמה הא בפלוגתא דקידשה בככר ליכא למ"ד הכי ולסברתו למה לי לאפלוגי אם נתבטלין ת"ל דכל המותר מוהר יחשב דודאי הדר לכ"ע וא"כ מן אמימר א"י להוליא סברא זו המחודשת את"ד ונראה לפימ"ש הרשב"א בתשובה הובא בב"י חו"מ סימן ר"ז מקודם מ"ו ובמל"מ פי"א ממכירה ה"ד דאם נתן שער בגופן שלהן שאם ימרה מה שיאמרו האומנין יענם עמ"ס דיכרין אליין לעכו"ם לבנין העיר ואליין לבעל דינו כיון דלא יכלל מליתן לבנין העיר אם כן בדוקא התנה דאין לומר שבוהלית התנה בדוקא ובוהלית האחר באסמכתא שבדיבור אחד אמרם ואין דיבור אחד מתחלק לשנים עכ"ל א"כ ה"נ למ"ד קידושין לעבועין כהנו דהיינו כמ"ש האס"ז שם שהוא מתייאש מחזרתן וגמר בלבו ע"ד שלא יחזור לו עיי"ש מתילא ל"ל דמקלת דהככר נתן ע"ד שלא יחזור לו והשאר נתן רק למיקס קמיה וכשלא תיקוס קמיה תחזיר לו אבל לאימור דלאו לעיבועין כתנו דגם הלוכך לקידושין נתן רק למיקס קמיה אלא משום גזרה דאסותה א"ל להחזיר א"כ כיון דמשיירין פרוטה תו אין חשש דהכי רואין דלא נעקרו הקידושין מדשיירו פרוטה ועיין לעיל ריש סי' ל"ז בב"ה וב"ש דקידשה במנה המותר מפרוטה הוי מתנה.

ס"ב המקדש אחותו בקידושין דמ"ו ע"ב ובפ"ק דב"מ ע"ו ע"ב המקדש אחותו רב אמר מעות חוזרין ושמואל אמר מעות מתנה ומפרש הש"ס ר"א מעות חוזרין אדם יודע שאין קידושין תופסין באחותו וגמר ונתן לשם פקדון ושמואל אמר מעות מתנה אדם יודע שאין קידושין תופסין וגמר ונתן למתנה וקשה דהליוקין סותרים דלרב משמע דוקא משום דיודע שאין קידושין תופסין הוי פקדון-הא אם א"י הוי מתנה ולשמואל בהיפך אלו א"י הוי חוזרין והפכ"י הקשה הא אם א"י ג"כ חוזרין וכדלעיל ס"א ונראה לפימ"ש בהג"א פא"כ לענין מחילה בטעות דאם בא ליד הברו אהני מלד יאוש כיון דטעה וסבור דהו אינו שלו נתייאש ותוספת ולאשורים לא ס"ל הכי וכתבתי לעיל סימן כ"ז משום דס"ל דלא מהני יאוש בזה דבאיסורא בא לידו אף דהוה בטעות והנה רב ס"ל בב"ק דף ס"ז דיאוש בגנבה וגזלה קונה אף דבאיסורא בא לידו ואכן קי"ל דהיכא דבאיסורא בא לידו אינו קונה לכן שפיר אמר לרב אם לא היה יודע לא הוי חוזרין דקנתה ביאוש אבל לשמואל אם לא היה יודע לא קנתה דיאוש אינו קונה כמלא ימה ראיה לתוספת ולאשורים ועיין בשער משפט רס"כ ובנחלת לבי שם ובמה שכתבתי בערך ש"י על חו"מ שם.

ס"ג בהג"ה כשאכל שם הטור כתב אם אכל כשפלהם שכן דרך להאכילו כששולח הדורון ומשמע מלשון זה דלאם אכל אפ"כ לא וכתב הסמ"ע הטעם דהא דדברים העשוים ליבלות אין נגבין לאו דברירא דמחל אלא מספקא אין להוליא מידה אפילו החתן טוען ברי שלא נתן לה רק ע"מ לכונסה והיא אינה יודעת הי' א"י אם נתחייבתי אבל אם אכל אח"כ ה"ל כא"י אם תשלת לי דקי"ל דחייב כיון דכבר נתחזקה החיוב והמחילה הוי ספק א"ד וקשה דא"כ במה הוא למה חוזרין הא ליכא טוען ברי ואף די"ל טענת מחילה גרע מא"י א"פ דעומד לפרעון לכן לריך דוקא שיתבע התובע בברי היינו בעלמא אבל כאן דיש ספק לפניו שמא מחל מחמת אכילה למה תתחייב וגם במתה הא היורשים לא ה"ל למידע ואפילו חזר או מת הוא וטען מקודם ברי מ"מ שמא דידה אינו גרוע דלא ה"ל למידע ועיין בב"ז בחו"מ סי' ע"ה ועוד יל"ד מה בעי הטור במ"ש שכן דרך להאכילו כששולח הדורון מה לי אם כן דרך או לא סוף סוף אבל לכן נראה דכיון דהוה רק ספק אם מחל הוי דברים שבלב ולא הוי דברים ומוליא מידה אך כתב כה"מ סימן י"ב סק"ה דדוקא מחילה על הדבר שכבר נתחייב לו לא מפני כשמחל בלבו וליכא אומדנא דמוכח אבל דור עמי או אכול אם היה בדעתו למסול לו ודאי מהני מחשבתו דהוי כנתנו במתנה בשעת מעשה ופשוט עיי"ש לכן ה"כ דוקא כשאכל בשעה ששלה אף דרק ספק נתן במתנה לאלוטין מהני דברים שבלב משא"כ אם אכל אח"כ כיון דלא נתן במתנה בשעת מעשה תו הוי דברים שבלב אך א"כ גם כשאכל בשעה ששלחם כימא דוקא אם האכילה קדמה לנתינה ולא אם הנתינה קדמה לאכילה לזה אמר הטור שכן דרך להאכילו כששלח הדורון א"כ כשנתן הדורון נתן במתנה בעד מה שיאכילוהו אז כי ידע שיאכילוהו ועי' מל"מ פ"ד מאישה ופקדון ה"א וכה"מ סי' ע"ה ס"ע.

וגם בלאו דברי כה"מ י"ל דכיון דנתן הסבלונות סתם ולא התנה אם לא יכניסה לחופה תחזיר לו הוי דברים שבלב מה דאמרינן דלא נתן אלא ע"ד לכונסה אלא דאומדנא הכי מהני גם דברים שבלב לכן כשאכל אז אבל הגיו דאפשר נתן הדורונות בלא תנאי תו ליכא אומדנא דמוכח ומילא אפילו לווג דבלבו היה רק ע"ד לכונסה אין משגיחין בו דהוי דברים שבלב אבל לא אכל בשעת נתינת הדורונות דאז יש אומדנא דנתן על דעת שיכנסנה והוי כהתנה בפירש לכן אפילו אחר כך אכל בבית חמיו אף דאפשר מחל אז התנאי מ"מ הוי מחילה בלב בלא אומדנא ולא מהני וליכא שום ספק וזה יותר נכון דאל"כ הל"ל דלא"ס מחויבת או יורשיה להחזיר ככל ברי ושמא או אם תפס הבעל וטוען ברי וליכא עדים ליהמן במגו דלא מחל כמו בבו"ש כדאיתא בנ"ך חו"מ סי' ע"ה ס"ע ס"ק כ"ו.

משלמת הכל בהשגות הסיג מדקי"ל במכר זרעוני גינה ולא למחו דאינו משלו ההולאה וכ"ל דשאני התם דכמו דלוקח לא ידע לא ילמח ה"כ כוי ללוקח להעלות ע"ד אפשר המגל כמי א"י א"כ לא סמך על המוכר ולא הוליא ל פיו והא דש"ס בב"ב דף ל"ג ע"ב אמר דיש למרים דמוכר חייב לשלם ההולאה הוא רשב"ג דס"י בנתן בהמה לטבח וניבלה דמשלם דמי בושתו ובנת אורחיו והא י"ל שאני התם דסמך על הטבח י"י דהרואים מזה דמחייב בושת האורחים דלא סמכו על הטבח כלל אלא על הבעה"ב שזימנם ולא ידו כלל אם אין לו כבר בשר מוכן ולא דברו עם הגה דגם ערב לא מיחייב אלא אם ונדבר עם הגוה שילוה כמ"ש רשב"א ורא"ש ור"ן בפ"ק דקידושין דף י"ט הובאו בגאון לבי ובשער משפט סי' ב"ט ובאס"ז ב"מ דף ע"ג ע"ב בשם מורו כתב כמי איכא דסמך עליו חייב גם בגרמא משום ערב והמחה אפרים בפ"ו מזכיה תירן דבזרעוני גינה מיירי גא ידע המוכר דאל"כ מאי מדמי הש"ס הא דזרעוני גינה להא דחטין ועשאן כיפולת דהתם שאני דלא כן להזיקו אבל הכא דידע אפשר

אפשר דרבנן יודו ומדברי הרמ"ה שהביא הטור גבי הלוקח מקח ונמלא בו מום דאם היה יודע שהלוקח חייב בהולאות משמע כמ"ש עכ"ל ותוס' ר"פ המוכר פירות כתבו דבזרעוני גינה ע"כ מיירי דידע המוכר דאל"כ לא היה מחייב רשב"ג ההולאה דאין סברא לחייבו כשלא ידע וכ"ל דרמב"ם לא ס"ל כתוספת ופלוגתא דרשב"ג ורבנן תליא במחלוקת שבין בעה"ת וטור עם הש"ך בחו"מ סי' קכ"ו ס"ד ובש"ך שם ס"ק ס"ז דלהש"ך פטור היכא די"ל אתה גרמת לעצמך דכשם שטעית אתה טעיתי גם אני ולבעה"ת וטור ומחבר שם חייב ועיי"ש כס"מ דטעמייהו דיותר צריך ליזהר מלהזיק לאחר מליזוק לעצמו והיש"ש בפ"ק דגיטין סי' ל"ו דעתו כהש"ך הובא במשנת דר"א סי' קכ"ו שם ולפ"ז יש ראיה להיש"ש והש"ך מזרעוני גינה דהא קי"ל התם כרבנן דפטרו מלשלם ההולאה כדאית' בחו"מ סי' רל"ב ס"כ ועיי"ש סב"א דפסק המחבר דאם לא ידע המוכר שיש מום במוכרו פטור מלהחזיר ההולאות ללוקח אף דאמר למוכר שקונה להוליכו למק"א וכ"ל דשאני הך דמצמ"ש דמוכח שנפקד ליתן להמקבל עפ"י דיבורו של הממחה כו"ם תומים שם ולפ"ז אין ראיה נ"כ להש"ך ומזרעוני גינה.

ב"ש סקי"ז משלמת הכל ומשמע דאינו פוחת שליש לכאורה קשה מ"ש מאוכל ומשתה ששלח לה דאינה משלמת כל ההולאה ופירשב"ם דהמנהג הוא לשלוח מיני מאכלים ומ"מ אינה משלמת כל ההולאה את"ד ונ"ל דאף למ"ד דד"ג דאורייתא מ"מ גרמא דחייב לפעמים כגון דשכיח הוא רק קנסא דרבנן עי' הב"ה בחו"מ סי' שפ"ו ס"ג וכן העלה בגאון נבי שם והקנס כדי שלא יזיק לחברו וא"כ היכא אם נעמיד על ד"ת יהא פטור לגמרי קנסוהו שיהא כגרמי ולכן צריך לשלם כל ההזק שהזיק לחברו דלא יתכן לומר שישלם שהלי וכדומה וממילא הו לא יזיק כיון דקנסוהו להיות דינו כמזיק והרי הזיקו בכולו אבל היכא דאפילו נעמיד על ד"ת לא יפטור לגמרי כגון במאכל ומשתה ששלח לה דבלאו גרמא צריכה לשלם מה שנהנית ושיערו חכז"ל דהיינו פחות שליש ומה שהוליא שחתן דיכולה לומר ביוקר לא הייתי נהנה א"כ אין הקים לתקן שתשלם לגמרי כדי שלא יהיו רגילין לגרום היזק לחברו דהא מקת גם לעצמה שצריכה לשלם בשר בזול מה שכבר אכלה אבל מה שהוליא על סעודה שעשה לריעיו ומה שנתן לחזן ושמש דאם נעמיד על ד"ת תפטור לגמרי רא ותקינו שתשלם מה שגרמה לו היזק ממילא צריכה לשלם הכל וה"נ רק גרמא הוא כמ"ש הראב"ד בהשגות אלא דרציתיו של רמב"ם הייתו גם בגרמא כזה דשכיח אח"כ מלאתי בתומים סי' ס"ו סל"ב בקצ"ה כתב שם סברא כזו עיי"ש ואף דמפסדת מה שצריכה לשלם מה ששלח לה מאכל ומשתה מ"מ במה שמפסדת אותו מה שנתן לשמשין וחזנין ושאכיל לריעיו בזה לפי ד"ת לא היתה צריכה לשלם כלל וכל דבר כידון לעצמו דמאכל ומשתה ששלח לה לעולם גם לפי ד"ת צריכה לשלם בזול מה שנהנית ומה שמפסדת אותו במה שלא נהנית לעולם היתה פטורה מד"ת ול"פ רבנן בין מזונו יחד או לא דהא מסכתא שעשה סעודה לריעיו וישלם שכר שמשין וחזנין בשעת קידושין וחזרה בה עד שלא שלח לה מאכל ומשתה דהא המאכל ומשתה אינו שולח בשעת קידושין רק אח"כ כדאית' בפי' רשב"ם דף קמ"ה וכ"מ בגמ' שם או אפשר היכא דשני שליש דמי מאכל ומשתה ששלח לה הוא דבר מועט נגד סעודה שעושה לריעיו ושכר שמשין וחזנין דכה"ג יש לחוש שאינו חש להפסדו וכדאית' בגיטין דף כ"ס וביו"ד סי' רפ"א ס"ה או אפשר דרצותיו של הרמב"ם דחייבו הותה לשלם שכר סעודה וחזנין ושמשין היינו כשאינה מפסדת כלום והא דתקנו בגרמא דשכיח לשלם כל ההזק כדי שלא יגרום היזק לחברו וכן במטמא ומדמע ומנסך דאית' בגיטין דף נ"ג דהיזק שא"כ ל"ש היזק אלא דחייב משום שלא יהא כל או"א הולך ומטמא פירות של חברו והא שני שישלם שהלי או יותר קלת דאז ליכא למיחש כיון דיפסיד גם לעצמו עכל"ל כיון דהולרכו לתקן ממילא כל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון כדאית' בגיטין דף ס"ה והיכא דחייב ודאורייתא' כגון התם ניכר ונראי או מזיק בידים חייב כל ההזק וגם לפמ"ש לעיל דטעמייהו דרצותיו של רמב"ם משום דסמך עליה אף דמלשון ביטב"א הנ"ל משמע שהוא ד"ת מ"מ כה"ג ורשב"א שהובא בש"ך כתבו דהוא תקנה ומפני שסמך עליו ועיין בערך ש"י על חו"מ סי' ש"ב ס"ד.

ולפימ"ש אפשר לתרץ השגות הראב"ד על רצותיו של הרמב"ם ומזרעוני גינה דפטור מלשלם כל ההולאות דס"ע כיון דהמוכר מפסיד נמי דאם לא היו מזרעין שוין קלת להיסק כמ"ש בפירש רשב"ם דף ל"ב או לרפואה כמ"ש סב"ח כאן לכן אין לחייבו משום גרמא והא דמוכר שפ"ח וחזר ומחלו לדעת המחבר בחו"מ סי' ס"ו סל"ב צריך לשלם כל מה שכתוב בשטר היינו משום דס"ל דד"ג דאורייתא וכמ"ש שם דגם יורשיו חייבין.

ובדרב"ז ה"א סי' שכ"ע כתב חתן ששלח למשודכתו הכלה סבלונות כמנהג ואבי הכלה עשה הולאות כמנהג וחזר בו החתן נפרעים הולאות אבי הכלה מן הסבלונות ואם לא הספיקו הסבלונות משלים ופורע גם הקנס שעשו עיי"ש ולי לל"ע דמלבד דהשגות חולק על הרמב"ם ורצותיו אפשר שגם הם יודו היכי דמחייב בקנס על חזרתו דאין לחייבו בההולאות כיון דגרמא הוא אין לחייבו רק היכא דאם נעמיד על ד"ת יפטר לגמרי כדי שלא יגרמו היזק וגם לפי טעם ראשון שכתבתי בטעם רמב"ם ורצותיו משום שסמך עליו י"ל דה"ד כשלא עשו קנסות דהרי סמכו זע"ז לבד אבל כשיש קנס אדרבה חזינן דלא האמינו זה לזה שלא יחזרו אלא סמכו על הקנס א"כ אומר דהוליא הולאות על סמך שאם יחזור שכנגדו יקח קנס.

לאחר שידוכין חזר הכל וכתב הב"ש דהיינו אפי' אם אכל בדינר וה"ה ס"ל דשוין שידוכין לאירוסין אך שאידנא דעושין שידוכין בחרם וקנס לכ"ע אין חילוק בין שידוכין לקידושין ובשו"ת חת"ס אה"ע סי' קכ"ח קלסיה לבעלי ארזים דה"ה אינו על גוף הדין של הגמ' רק על מה דמשמע דחזר הכל ואפילו שליש אינו פוחת ואף אם נעשו השידוכין בחרם וקנס נמי לא מחיל עיי"ש ולא ראה החת"ס דברי הב"ש הנ"ל וגם עי"ש בעלי ארזים לא כראה דהגמ' שכתב דיקא בקידושין ולא בשידוכין כתבו על אכל שם דמחל כל מה ששלח ועדיין לא הכר ומפוחתת שליש עד סוף הסוגיא ולהבעל"א ה"ל לגמ' לכתוב החילוק אחר דין דפוחת שליש וגם מ"ש הב"ש דשידוכין בחרם וקנס לכ"ע הוי כקידושין לענין אכל שם דמוחל מה ששלח דברים העשוים לבלות כ"כ נמי הרדב"ז ח"ד סי' רכ"ד וא"כ פשיטא דאין להוליא מהמוחזק.

ס"ה שהמירה אחות המשודכת וכו' זהו משו"ת הרא"ש כלל ל"ד ובשו"ת ב"ח סי' ח' וחכ"א

ביין

סימן מ״א הקשו ממ״ש תוס׳ בב״ק דף ק״י ע״א ובפרק כערה דף מ״ז דמוכר פרה לחברו ומתה לא י״ל אדעתא דהכי לא קנה כיון דתלוי בדעת שניהם לא אזלינן בתר אומדנא עיי״ש ובאס״ז ב״ק שם הרא״ש עלמו כתב כמ״ש התוס׳ ועכ״ל לחלק באיזה חילוק וכבר כתב הט״ז חיו״ד סימן ס״ע שלשה חלוקים.

ול״י כל״ב מ״ש הרא״ש שם ומהרי״ק שרש ק״א דאחר אירוסין נסתפחה שדהו דהא איתא בפרק תפ״ה דף כ״ע דאמר אביי גמירי טבא ל״ה ביטא וכבר כתבתי לעיל סימן מ״ג להוכיח דרבא דפליג שם היינו דס״ל דלפעמים על לד המיעוט יזדמן דטבא הוי ביטא אבל עפ״י רוב ודאי קבלת אביי אמת והנה בחו״ת סימן ר״ל ק״ז איתא הקונה שכר ונמלא תוך ג״י חומץ דהמוקח בטל וכתב הסמ״ע אף דטעמיה והיה שכר ואפילו ריחא חלא וטעמו שכרא הוי שכרא מ״מ כיון דתוך ג״י נתחמץ איגלאי למפרע שכבר התחיל הקלקול שממנו נתקלקל עיי״ש א״כ ה״נ כיוא מדהמירה עכשיו כבר היה בה שימלא וסימלא שממנה נתקלקלה ויהא מקח טעות גם אחר אירוסין עכ״פ לענין ממון ול״ל דהא כתב הרא״ש דישראל קדושים הם והרבה פרושים מלהתערב בפגם כזה א״כ יש עכ״פ מיעוט דאין זה קפידא אללס וגם יש מיעוט דטבא הוי ביטא א״כ מלטרפי והוי כפלגא או אפשר רוב כמ״ש הר״ן בפא״ע וכן הוא בגמרא ברכות דף כ״ג לכן לא הוי מקח טעות ואמרינן נסתפחה שדהו.

ונל״ד כהי דהרבה מקפידין איך מקילין לענין שבועה הא בסימן ריי״ז ס״ג וקי״ז ביו״ד אף דיש רוב להיתר אמרינן ספק נדרים להחמיר וכ״ל כמ״ש הש״ך שם סימן ר״ח בשם הפרישה ובסימן ריי״ז סק״ג דאם אומר ברי לכך נתכונתי נאמן לכן ה״נ שלוה אללי זה הוא מום וכן מוכח מלשון הרא״ש בתשובה שם שליכף נמי פרגלי״ד שזה מהמקפידין שהרי הכניס עלמו בספק קנס והעביר המועד א״כ אם הוא לא קפיד אלא שמטעם אחר רולה לחזור קולר השבועה בלוארו וכ״כ הכו״ב בהיו״ד סימן ס״ע דיש להזהירו על כך ובדבי״ז יו״ד סימן קכ״ד אם הוא מום של רוב ב״א נקפידין וזה אומר אני מהמיעוט לא מפקינן ממונא.

ובזה י״ל מ״ש ביו״ד סימן רכ״ה סמ״ג דגם אם המירה אחות המסודך הדין כך ותמהו על״א וב״ש הא איתא בב״ק דף ק״י ע״א אסא דפריך אלא מעתה נפלה לפני מוכה שחין כפטרה מחלילה דאדעתא דהכי לא נתקדשה ומשני התם אנן סהדי דמינה ניחא לה בב״ד דטב למיתב ט״ד עיי״ש וזה ודאי דאנן סהדי לאו דוקא דכמה נשים שוהין הרבה מלהתקדש עד שנזדמן להן כפי רלונם אלא דליכא אומדנא לומר אדעתא דהכי לא קדשה נפשה דאנן סהדי דכמה נשי ניחא להו בכ״ד כדי למיתב ט״ד אך דוקא למפטרה מחלילה אי אפשר דאין לאחרים לסמוך על ברי שלה אבל הכא לענין פטור שבועה דרק בנפשה סיא נאמנת בברי דזה אללה קפידא ואדעתא דהכי לא שידכה עלמה וכדמסלק בפ״ב דכתובות דף כ״ב ע״ב באומרת ברי לי ומ״מ בעינן דוקא קידשה עלמה לאחד מעדיה אבל לאחר לא מהני ברי שלה ועיין פנ״י פ״ב דכתובות דף כ״ב ע״ב בד״ה ועדיין דמלי למטען ברי כנגד רוב או חזקה עיי״ש ואף דהש״ס קאמר אנן סהדי דמינח ניחא לה בכל דהו כדר״ל דטב למיתב טן דו ע״כ לא דברו אלא עפ״י רוב דעינינו רואות כמה נשים לא ניחא להו בכ״ד תדע דבפרק מרובה דף פ״ איתא מעשה באשה אחת שהיה בנה מילר לה וקפלה ונשבעה כל מי שינא איני מחזירתו וקפלו עליה אנשים שאינם מהוגנים ואמרו חכמים לא נתכונה ז׳ אלא להגון וקשה הרי טב למיתב ט״ד ואנן סהדי בכ״ד ניחא לה א״כ כיון שטוענת ברי מהני וגמרא זו הובא בתשובת רשב״א שבב״י כאן ועתוס׳ ר״פ תנוקת אהא דאיתא בגמרא בידוע שהייתה המכה ובדף כ״ו בידוע שלפני הכנוס לאו דוקא אלא בידוע שיש לתלות כן וא״כ ה״כ אנן סהדי שיש לתלות דבכ״ד ניחא לה כיון דברי שלה לא מועיל נגד הבא לישא אותה בלא הלילה ובכללי הגמרא להב״י מביא תוס׳ זה ועוד מביא שם מדברי תוס׳ ורמב״ן אהא דאמרינן אם א״א לו שלא יגע ספקו טמא והא אם אי אפשר איכו ספק אלא ש״מ לאו דוקא הוא והא דכתב בא״ז סימן תשע״ה לענין שבלונת דהיכא שהכריעו חכמים דעתו דלשם קידושין שלא לא מהימן לו שלא נתכוין לקידושין היינו דאסור לאחר לישא אותה בלא גט.

ובא״ז הלכות יבום סימן תרי״א הוכיח היכא שהכריעו חכמים את דעתו איכו נאמן לומר לא לכך נתכונתי אם עשה המעשה לפנינו רק א״ל נעשה לפנינו אלא שבא לשאול ואמר כך עשיתי וכן נתכונתי נאמן ורא״יתו מדתנן בפרק ואלו מותרין דף י״ח סתם נדרים להחמיר ופירושן להקל כילד אמר הרי עלי כבשר מלוח וכיי״כ אם בשל שמים נדר אסור ואם בשל ע״ז נדר מותר אם סתם אסור והתם ע״כ כגון דקאמר לא נתכונתי לידור בשל שמים דאל״כ פשיטא דאסור אלמא הכריעו חכמים את דעתו שבשל שמים נדר ואסור עכ״ל הרי דגם בנדר דנוגע רק לעלמו לא מהני ברי שלו אבל דעת כל הפוסקים איכו כן כדאיתא ביו״ד ריש סימן ר״ח בטוש״ע וביו״ד סימן רל״ו ס״ד בהג״ה נשבע סתם שלא יישן ושלא יאכל הוי כאלו נשבע שלא יעשה לעולם והוי שבועת שוא ומלקין אותו ויישן ויאכל לאלתר הרי דהכריעו הכמים דעתו דודאי הוי לעולם ומ״מ כתבו הב״ס וש״ך שם סק״א דדוקא אם שכח מה היה בדעתו אבל אם אומר שדעתו היה היום נאמן והא דפטורה גם מקנס אף דזה בינה לבין הסתן מ״מ אהני ברי שלה לעלמה כיון שמוחזקת.

הב״ח בתשובה סי״ת כתב הא דפטרו הרא״ש מקנס מחמת דאיכא לד טענה לומר אנו היה יודע דבר זה שעתיד לעשות לא היה מקבל עליו קנס זה אזליכן לקולא שלא להוליא ממון מחזקתו ואע״פ דאין כאן אונס ברור וידוע אלא שאנו מחשבין אותו לאונס אמרי ;וזי היכא דקיימא קיימא אבל היכא דאיכא שבועה אף הרא״ש מודה דאינו פטור משבועה אה״ד ולכאורה תמוה דהא מבואר בשו״ת הרא״ש שם דאם שלאו שבלונת יחזירום אך י״ל כיון דקבלונת לא כתנו מתחלה לסחזיק בעד הקנס אלא שתתקשט בסן וע״ד שתנשא לו ולהכי הוי רק כפקדון וגם כשבעל חוזר בו חוזרין השבלונת לכן לא מהני תפיקתס דהא הרא״ש ס״ל בפרק כילד סרגל ס״ב דהיכא דליכא המע״ה לא מהני תפיסה ובזה י״ל למה השמיט המחבר בש״ע כאן דברי הרא״ש דאם שלא שבלונת תחזירם כי המחבר בחו״ת סימן שפ״ח ס״ז ובכמה דוכתי ס״ל דתפיסה מהני ואף דפסק המחבר כאן דפטור גם מהשבועה ולהב״ש אם נשבע אסור י״ל דס״ל להמחבר כיון דטוען

בודאי

בודאי דאדעתא דהכי לא היה נשבע כאמן לעצמו דהא השבועה בינו לקונו וכמו בנדר סימן ר״ח דמהני ברי שלו כמ״ש לעיל ועש״ך יו״ד סימן רנ״ב סוף ס״ק כ״ה ובהידושי רע״ק שם בשם מטה יוסף לפ״ז כ״ל דאם הכלה בידה שבלונת אין להוציא מידה כיון דהס״ל ושו״ת הב״ח חלקו על ראית הרא״ש אלא דכתבו דאין בידם לחלוק על הרא״ש ודעת הב״ח דגם הרא״ש לא הכריע דהוי ודאי פטור מקנס רק מכח דמוחזק ולפמ״ש מ״ש הרא״ש דתחזור השבלונת היינו לשיטתו דל״מ תפיסה ולכן לא כתב המחבר בפירש דתחזיר השבלונת א״כ לדידן דמהני תפיסה י״ל קי״ל כהב״ח וחב״ל..

אמנם בריב״ש סימן ספ״ז כתב וז״ל בנדון זה שנשבע לבקשת קרובה של האשה ולמלא רלונו ואין הענין מוכיח שהיה רלון שניהם מתחלה שלא תחול השבועה אם יקרה לו אונס כזה אפילו יאמר הנשבע אדעתא דהכי לא נשבעתי הרי זה פתח היתר והוא איכו מוחל לעלמו ואפילו חכם לא יפתח לו בכיולא בזה שהרי הוא כולד ואיכו תלוי וזה מבואר מאד עכ״ל וא״כ נראה דעתו כהב״ח דהא בעי שיהא מוכיח רלון שניהם מהחלה שלא תחול השבועה וכאן איכו מוכיח רק על הנשבע ומפלע מ״ש הרא״ש דרגל״ד שהרי הכניס עלמו בספק קנס דהעביר שמועד דזה איכו מוכיח על מתחלה וגם איכו מוכיח רק על רלון הנשבע וגם ראות כרשב״א מלא כתבוכה זו אלא להגון לה איכו ראיה דשתם אמרינן מתחלה לא נתכונה אלא להגון לה וגם לא נשבעה לבקשת אחרים אבל בנידון הרשב״א דנשבעה בפירש לאחנה רק כולד א״כ שפיר מכ״ל לסתירה בלא שאלת חכם אא״ל שדבר זה תלוי מ״מ איכו אלא פתח ולריכה התרת חכם ואם נרלה להבוות דעת רשב״א ורא״ש והמחבר לדעת הריב״ש עכ״ל דשאני הכא דאומדנא גדולה היא ומוכיח דאלו הנשבע אסיק אדעתיה הסבה שנולד א״כ אפילו בכנגדו לא היה מרולה שיתבטל השבועה עי״ז לא היה נשבע וא״כ א״א לומר דק״ל כמ״ש הב״ח דרק ספיקא הוא דאין מוליאין ממון מספק דא״כ איכו דבר מוכיח בודאי ואיך יפטר מהשבועה אפילו טוען הנשבע ברי דהרי הריב״ש אומר דלא מועיל מה שאומר אדעתא דהכי לא נשבעתי להתיר לו בלא פתח אחר והתרת חכם וי״ל דשאני הכא כיון דרוב ישראל כשרים ואינם מרולים בפגם כזה כדמשמע ונלשון הרא״ש לכן לענין איסור שבועה שמכינן ארובא וברי שלו אז שלא דאלו אסיק אדעתיה לא היה נשבע אפילו שכנגדו לא היה מתרלה אבל לענין הקנס איכו מועיל רק אם מוחזק אבל אי תפס אידך אין להוליא להמחבר דק״ל דתפיסה מהני כל שאיכו ודאי לפטור אף דים רוב כנגדו וטוען שמא מ״מ הרי גם בפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה אפילו נגד רוב הפוסקים ואף דהתופס א״י להכריע הדין ואיכו טוען בעלמו קי״ל ועיין נה״מ בדיני תפיסה אות כ״ף דאם מוחזק מעיקרא א״ל לטעון בעלמו קי״ל אבל בתפיסה ל״ל בעלמו קי״ל ובברכ״י ס״ק כ״ה אות ה״ת כתב דאפילו בתפיסה א״ל לטעון בעלמו קי״ל הובא בפ״ת ס״ק כ״ה לחו״מ ול״ע בכ״ז דהרא״ש בתשובה ראשונה כלל א׳ ס״ח כתב דמקובל בידו בפלוגתא דרבוותא לא מפקינן מספק ואוקי ממון אחזקתיה וכתב בשו״ת מהרי״א שבון סימן ר״ז דדעת הרא״ש אפילו במיעוט הפוסקים מהני חזקתיה כדאמרינן בפהז״ה דף ל״א דהלכתא כרבה באכעא

וכר״י בזוזי דהיכא דקיימא זוזי ליבוס עיי״ש מ״מ י״ל דוקא בפלוגתא דרבוותא כמ״ש הס״ך בתק״כ שלשה טעמים בסימן פ״ד ס״ה פ״ז דכל הנהו טעמי לא שייכי כאן ועוד דתשובות הרא״ש בכלל א׳ ס״ה מיירי במוחזק מעיקרא שהיה שלו ממש ואוקי בחמ״ק אבל אם תפס י״ל דלא מהני לשיטת הרא״ש דבתיקו ושאר ספק כיון דדיניה הממע״ה לא מהני תפיסת אידך והכא בתפיסת שבלונת כיון דהוא רק כפקדון בידה והן בחזקת החתן לא מהני תפיסתה להרא״ש בטענת שמא וכגד הרוב ועיין או״ת בקונטרס התפיסה ס״ק ל״ו שהעלה בדעת הרא״ש דל״מ תפיסה ובשב שמעתתא שמעתתא ד׳ הט״ז כתב כמי דל״מ הפיסה כגד הרוב אך מ״ש שם אפילו לשיטות הפוסקים דמהני תפיסה בספקות מ״מ כגד רוב ל״מ מרמב״ס פע״ו מהא״ב ומרדכי קפ״ק דכתובות ומרשב״א כבר דחיתי דבריו בספרי ערך ש״י על חו״מ ס״ק כ״ה בקד״ה בשב שמעתתא ועיין בתה״ד סימן שכ״א דבספ״ד דל״מ תפיסה לדעת הרא״ש אפילו בא לידו בשאלה או פקדון קודם שנולד הספק לא מהני דבחמ״ק קיימא זולת לרמב״ם וסייעתיה דק״ל דמהני תפיסה.

ס״ן בהג״ה וכן המנהג פשוט לגבות קנסות שעושין בשידוכין עיין בקו״א של מקנה דהקנס של הבן או הבת לא של אביהם ובשו״ת מהר״ח או״ז סימן קכ״ב הבאתיו בערך ש״י לחו״מ סימן ר״ז סע״ז הכיח בל״ע ובית יעקב לקמן סימן קי״ד ס״ג כתב אם לד הכלה חוזרין הקנס מגיע להחתן ואם לד החתן חוזרין אם הכלה בוגרת מגיע להכלה הקנס ואם היא קטנה או נערה מגיע הקנס לאביה.

מהרי״ק שכ״ע כתב דקרוב לומר דאפילו ממון נתחייב לו מפני בושתו הכא דעדיף מביישתו בדברים דהוא פטור דהא איכא מעשה רב אלא שאין גובין אותו בבבל וא״כ אין לנו לפוטרה בדלא כלום כיון דאפשר לו לגבות דמי בושתו בלא הולאה בדייכין עכ״ל והב״ש השיגו דאטו בשעת השידוך היה הכונה לבייש ובושת איכו חייב עד שיתכוין לבייש וא״כ כשחזר כמי אין הכונה לבייש ולא שייך מעשה וגרע מביוש דברים שזה ממילא ובלא דיבור את״ד ובשו״ת עה״ג סימן ע״ד כתב הקנס שהוא לפי האומד דמי הבושת ודאי א״ל קנין ולא גרע מהמביים בדברים שפוסקים בכל ב״ד שקונסים לפי המבייש והמתבייש ואף דכאן לא מיכוין לבייש דאין המבייש שלא בכונה פטור אלא כגון יתן שביים או כפל מן הגג באונס אבל מי שמבייש להנאת עלמו חייב וראיה לדבר מס״פ כילד הרגל בהא דאמר רבה דנפל מהגג ונתהפך חייב על הבושת ופרש״י דנתכוין לנפול על האדם להנאתו חייב על הבושת אף שלא נתכוין לשם בושת ואל תשיבני מהרמ״א סימן תכ״א ס״א מי שקבל על חברו כי בנקל יש לסלק את״ד והמקנה כתב דלא הולרך לזה דהא מפורש במסכת כתובות דף מ״ה דחייב על הבושת באונס ומפתה אע״ג דלא מתכוין אלא להנאת עלמו וכ״ל דים לדחות דאונס ומפתה נהנה ממנה משא״כ בשידוך החוזר איכו נהנה מהמבוים אלא א״כ נהנה משידוך אחר וגם מפרש״י דפרק כילד הרגל לכאורה אין ראיה דשתם נהנה מהמבוים אבל משא דמייתי רבה ראיה דחייב מדתניא ושלחה ידה והחזיקה במבושיו אף דלא נתכונה לבייש מוכח אף דלא נהנית מהמבוים דכהי דהלילה בעלה מיד המכה מ״מ בלא״ה הוא אסור להכות ושא דפרש״י דנתכוין

דנתכוין לנפול על האדם לשנאתו אין רולה נוומר משום שנאתו חייב אלא דמתכוין רק לשנאתו ולא לביישו חברו כמו הא דהחזיקה במבושיו דלא נתכונה לביישו רק לשכיל בעלה ושחיוב בושת הוא דכיון דידע שבזה יתבייש חברו חייב כמ"ש בא"ז בס"פ כילד הרגל והרא"ש כתב שם כיון דא"א שלא יזיקנו הוי כמתכוין ומ"מ נראה דאינו ראיה דהתם חייב על הבושת מדינא משא"כ בושת דברים דאינו רק מקנס דרבנן בתי דינין ומנהג שבזה"ז. מכ"ל לחייב כשאינו מתכוין לבייש וגם לענין שאר איסור דפ"ר אסור כתב התס"ד דבאיסור דרבנן אינו אסור פ"ר כשלא מתכוין עיי"ש בסימן ס"ד וכ"ש הכא דאינו רק קנס והיש"ש ס"פ כילד הרגל ס"ל דאינו מתכוין לבייש אף דעושה מעשה ויודע שיתבייש מ"מ פטור כשאינו מתכוין לבייש אלא א"כ שנתכוין להזיק עכ"פ וכ"כ הת"ה בב"ק שם וכן נראה דעת מהרי"ו שבהגהת רמ"א סימן תכ"ח ס"א מי שקיבל על חברו דדעתו כהיש"ש וכ"כ בביאור הגר"א שם והעה"ג שכתב דבכיקל לחלק ס"ל דבזה לא קנסו דא"כ אתה נועל דלת בפני הנגזלין דלא יוכלו לקבול מחשש שלא יתלאו כאיש בזורה ויתחייבו עוד ליתן בושה להמקור אי לשגנב וכונת העה"ג לחייבה בושת אף דאין דנין בזה"ז רק על אופן המבואר בחו"מ סימן א' ס"ה וס"ל פ"ר גם בדרבנן אסור כמ"ש מג"א סימן ש"ד ולא ס"ל כהיש"ש ובזה כילול מהשגות ב"ח דהא כתב לעיין ביש"ש כונתו כי בעצמו כתב דלא ראה שום אחד מהגאונים פירש בע"א ופרש"י וגם העה"ג כתב דמהרי"ק חייב להחזיר. גם כשלא קיבל עליו קנס מפורש והרי כתב דאין דנין קנס בזה"ז.

ועב"פ דברי מהרי"ק אתי שפיר דאזיל בשיטת רש"י והאשונים בס"פ כילד הרגל דמבייש חייב אף שלא נתכוין לבייש וס"ל כיון דביוש זה נמשך ממעשה השידוך אף דעכשיו ליכא מעשה חשוב מעשה כמ"ש תוס' בפ"ב דשבועות די"ז ובנזיר דף י"ז הא דמלובש כלאים או מי שהוא נזיר ושוהה בבית הקברות חייב מלקות אשהייה אף דלאו שאב"מ אין לוקין כיון דתחלתו היה ע"י מעשה חשוב מעשה והכריח המל"מ פי"ג מהלכות ביאת מקדש הכ"א ומדברי התוס' כל שתחלת הדבר היה ע"י מעשה אף שהיה בהיתר אם נעשה איסור אחר כך ממילא ובלתי מעשה חשוב כמעשה וכן מוכח מהשגות הראב"ד פ"ו מנזירות ה"ע וכתב שם הכ"מ דפשטא דהגמרא כהראב"ד והמאירי בנזיר די"ז כתב דדברי רמב"ם תמוהין וכן נראה דעת הט"ד סימן רפ"ה ורמ"א ביו"ד סימן שע"ב ס"א בהג"ה כמ"ש בשו"ת תפארת לבי היו"ד סכ"ז ורמזו בפ"ת ליו"ד שם ובגליון מהרש"א שם.

ועתה תחזה דליתא לת"ב תפ"י שבפ"ת סק"ט במסרבת לישא בעל אחותה ומפני שקשה עליה עפולן או במסרבת. לאתן כדי להנשא לבעל אחותה במרחמת על בני אחותה פטורה מקנס דהרי אינה מתכונת לביישו ובושת אינו חייב אלא במתכוין דזה אינו דכל חוזר משידוך אינו מתכוין לבייש רק מחמת איזה טעם. והכל יודעים דאינו מתכוין לבייש אלא דכיון דמ"מ מתביים תו לא חשוב. גוזמא ואסמכתא וחייב מחמת בנתחייב בתנאים וגם זולת הבושת מכח שניתתא. מפני החיוב וגם. ליכא אומדנא כלל דאפשר משום. דבעל אחותה כבר יש לו פרנסה בוחרת בו.

ב"ש בא"ע סקט"ז אם האב שלא וכו' קשה למה הבן פטור דהא הוא הגורם הבושת כ"ל דלק"מ אף די"ל דזה גרע מביים בדברים כיון דהבן עשה מעשה השידוך ובשעת מעשה היה הגרם כיון שלא ידע אם יתרצה אביו וכהי דאין גובין קנס בבבל מ"מ אינו פטור דהא מנדין אותו עד שיפייס בע"ד ויתן לו שיעור הראוי לו או אם. תפס לא מפקינן כמבואר בחו"מ סימן א' ס"ה ואף דאין מחייבין קנס בשידוכין אם לא נתחייב בפירש היינו כיון שבשעת השידוך כונתם באמנת לקיים ואח"כ כולד שחזר אחד מהם ובזה אינו ודאי חיוב דגם מהרי"ק לא אמר אלא שקרוב הדבר וגם כ"מ לחייב אפילו יותר משיעור הבושת וגם כ"מ דב"ד ירדו לנכסיו אלא מ"מ הא הבן לא נתכוין לבייש ואף דהוכיח עה"ג הכ"ל דגם לא מהכוין חייב היינו כיון דהוי פסיק רישא וכמ"ש הרא"ש ס"פ כילד הרגל והנמו"י שם אבל הכא בשעת השידוך ליכא פ"ר דאפשר יתרצה האב ולא"כ הא הבן אינו חוזר בו אלא האב ממאן.

ובפ"ת סק"ט הביא מתפ"י במסרבת בחתן כדי להנשא לבעל אחותה שמרחמת על בני אחותה פטורה מקנס דהרי אינה מתכונת לביישו ובושת אינו חייב רק במתכוין כדאיתא בחו"מ סימן ת"כ ותכ"א א"ד ותמוה דהא גם באחר אינה מתכונת לביישו אלא דאינו מקובל עליה ורלונה באחר ועכל"ל כמ"ש עה"ג דאינו פטור רק יען דלא מתכוין כלל אבל מתכוין להנאתו אף דאינו מתכוין לבייש ולהזיק מ"מ חייב כא"ם היש"ש דכ"ד. כל גאונים וכ"ל דבשלמא באחר אף דאינו מתכוין מ"מ כיון דהוי. פ"ר חייב כמ"ש הנמו"י ס"פ כילד הרגל וכתבו תוס' פ"ק דכתובות דף וא"ו ובפרק לולב הגזול דף ל"ב ע"ב דפ"ר דלא ניחא לו ג"כ אסור רק במקום מלוה מותר לכן ה"נ דלא ניחא לה בבושת החתן ואינה לריכה להבושת וכונתה להנאתה מ"מ הוי פ"ר ואסור אבל אם משום דמרחמת על בני אחותה שנשארו יתומים מאם הוי מלוה ומותר כי היא מרחמת על בני אחותה יותר מאחרת כדאיתא ביו"ד ס"ס של"ב ומ"מ קשה תינח שלא נתחייבו בקנס בפירש אבל בנתחייבו בפירש מאי איכא למימר וכ"ל משום דאסמכתא הוא אלא משום חיוב הבושת דבלא"ה מחויב רק אין דנין בזה"ז אהני קבלת הקנס לירד לנכסי החוזר אבל זו דפטורה מדינא פטורה גם מקבלת הקנס משום דהוי אסמכתא דהוי גוזמא ולא נראה כן מדברי הב"ש וגם אין לפוטרה משום דמתה אחותה אחר הקישור והוי כתרי תנאי דזה אינו מועיל רק לענין שלא יהא מחוסר אמנה על דיבורו אבל לא לענין מש"פ כיון דאיכא דברים ומצות כדאיתא בהזהב דף מ"ח וה"נ הקישור מעשה רב כמ"ש מהרי"ק וכ"ש כשקיבלו בח"ח ובד"א דמיתה הוי כולד כדאיתא ביו"ד סימן רכ"ח סי"ב בהג"ה דאפילו התרת הכס ע"י פתח זה ל"מ לכן העיקר דמחויבת בקנס שקיבלה היא או אביה וגם יש איסור חרם ושבועה וא"ל דבכגון זה ליכא בושת דהכל יודעין דלאו משום דלא מקובל עליה חזרה או משום דנזדמן לה יותר הגון אלא משום שמרחמת על יתמי אחותה דהא גם התפ"י לא ומטעם זה פטרה ועי"כ גם בכגון זה איכא בושת דמי יודע אם לא חזרה מחמת דרולה יותר בבעל אחותה דעיניה נתנה בו. וכדומה ועוד כיון דקבלו עליהם קנס כתם אם יחזרו וכולל בין יהא בושת לשכנגדו בין לא והיכא

והיכא דאיכא בושת אינו אקמכתא וגמרי ומקני ממילא גמרי ומקני אפילו אם לא יהא בושת וכמ״ש הרשב״א שבב״י חו״מ ר״ז מחודש ט״ו ובמל״מ פי״א דמכירה ה״ד דאם כתן שניר בגופן שאם ימרה פי האומכין יתן עשרים דינרין חליין לעכו״ם לבנין הציר וחליין לבעל דינו כיון דלא יכלל אליהן לעכו״ם א״כ בדוקא התנה דאין לומר שבתחלית התנה בדוקא ובתחלית באסמכתא דאין דיבור אחד מתחלק כאלאין עיי״ש ואין לומר כיון דמיתה לא שכיח לא נכלל בקנס שקבלו כהא דגיטין דף ע״ב דקיבל עליו לשלם כל אונסא דמתייל ומ״מ פטור אם נולד אונסא דל״ש דלא אסיק אדעתיה דהא כתבו תוס׳ בפרק נערה דף מ״ז בלוקח בהמה ומתה לא אמרינן אדעתא דהכי לא קנה משום דתליא נמי בדעת הכרו והכרו אינו מרוצה בזה וצריך שיתנה בפירש כ״ש הכא דאין זה אונס וליכא שום אומדנא דהרי קיין כמה אין רוצין בבעל אחותן שנשארו בניס וא״ל כיון דמלוה היא אלו התנו היה מרוצה החתן כמו בכדר עד״ר דללורך מלוה אמרינן גם הרבים ודאי מסכימין שאני הכא דנוגע להחתן ועס״ך ונו״ז סימן רכ״ח ס״כ ובס״ך שם סכ״א ס״ק ס״ג.

באב״מ כתב דהמתבאר מהש״י והב״ם אם השבועה קאי על הקנס וחייב החוזר בקנס מחמת השבועה גם הערב חייב לשלם בעדו והשיג הא״בה״מ עליהם ובדשד״ס חחו״מ סכ״ח כתב שאפשר לומר שאין הערב חייב כיון שהוא לא נשבע.

אם שלא שליח להתקשר בשידוך בעדו או בעד בנו או בתו ולכתוב תנאים וכתבו בתנאים קנס על החוזר והמשלח לא אמר לשליח בפירש לכתוב קנס נראה אם מנהג ידוע במקומות הללו לכתוב קנס הוי כפירש לשליח להתחייב בקנס כדאיתא בחו״מ סימן ס״א ס״ה ואם יש כותבין תנאים בלא קנס או אין ידוע למשלח המנהג פטור המשלח מקנס כשחוזר כי בלא קבלת חיוב קנס מפורש נכ״פ בעל פה א״א לחייב דגם מהרי״ק בשכ״נ נסתפק בזה ואז גם אם כל שני חזרו פטורין אף דכל שני היו בעצמם אצל כתובת התנאים דלא קבלו עליהם קנס רק אם יועיל גם קנס המשלח וכמ״ש תוס׳ בב״מ דף ס״ו בד״ה ומכיוני.

הג״ה דזה מקרי אונס עיין חת״ם סימן קי״ד דים להחרים על האב שלא ליתן לה כלן ולהתעסק בלא בלרכי שידוכין להשני דהרי לפנינו שאינו אנוס ולי ל״ע כיון דאחז״ל בתך בגרה שחרר עבדך ותן לה אף דמשחרר ע״כ עובר בעשה וגהי דכאן עושה זה בשביל טובתו ואינו עובר מ״מ חזינן דמשום שלא תזנה ישחרר עבדו ואם לא יעסוק בשידוכיה ולא יתן לה כלן אפשר הזנה ויבא הוא ומשפחתו לבושת ויש פגם משפחה כ״ל כדאיתא ס״פ בן סורר ומורה וא״כ נ״ל הרי לפנינו שאינו אנוס.

הג״ה ובלבד שלא יהא ערמה בעה״ג סימן ע״ד כתב דיש לחייבו קב״ח אם עלתו אינו בהמאן ומה במדברי רשב״א בתשובה סימן תשע״א לא חייבו חרס משום דכבר נשבע לקיים השידוך והוקשה לו ממ״ש הרשב״א סימן תתקס״ד על שניס שנתעלמו בדין ונשבעו שלא לטעון שקר ואח״כ נתחייב אחד שבועת היסת דאין לפוטרו משני טעמים חדא דאין השבועות שוות דראשונה שיטעון אמת ושניה שפרע ועוד דראשונה שנשבע להבא לא נעשה בה חשוד ועיי״ש בעה״ג שהביא מתשובת רשב״א שבב״י חו״מ סל״ז מחודש ל״ב ול״ג דלא צריכא לו אם בשבועה דלהבא לא נפסל עיי״ש וא״כ סותר הרשב״א א״ע וכ״ל דלפיכך הוכרח הרשב״א לשני טעמים דכל חד לא צריכא דגם טעם ראשון קל״ש דמה לי אם אין השבועות שוות מ״מ כבר נשבע לטעון אמת ואם טען שקר גם עכשיו ישבע לשקר אלא דמחייבו הרשב״א מכח ס״ס דהא לדעת כ״פ גם ממון מוליאין בס״ס ולאת״ל כהש״ך בת״כ דאין מוליאין ממון בס״ס כמ״ש שם סימן ק״כ וכן כתב הרשב״א בחידושיו פ״ק דכתובות דף י״ב מ״מ להשביע היסת כ״ל דמועיל דהא אפילו רק ע״י רגל״ד משביעין היסת אף דאין מוליאין ממון ברגל״ד ואפילו תפס צריך להחזיר כדאיתא בחו״מ סימן ע״ה קי״ז בהג״ה וש״ך ס״ק ק״ד ועיי״ש בס״ק פ״ב דכל שעשוי להסתפק ומשביעין עליה היסת ואף דהתם גוף הדבר אם חייב עשוי להסתפק וכאן השני טעמים רק על הדין מ״מ לא שנא דמ״מ ע״י הס״ס נוטה שחייב היסת והרי עיקרו של היסת משום דחזקה אא״ת אא״כ יש לו עליו והרי ע״י חזקה זו אין מוליאין ממון אפילו בבו״ם ואף דבגד״ת סוף שער ל״ו כתב לפטור משבועה בטענת ספק על פי העד מכח דמוחזק י״ל קי״ל מ״מ הש״ך בסימן ע״ה סכ״ג סק״פ כתב דאי״ל קי״ל כיון שכן הסכמת רוב הפוסקים דחייב שבועה ואף די״ל משום דס״ל לש״ך שכן העיקר כמ״ש שם מ״מ ל״ד שבועה דאורייתא להיסת דשבועה דאורייתא חשוב חיוב ממון דהא אם לא ישבע נחתינן לנכסיה או חשוב מחויב לשלם משא״כ היסת וכן מחלק בכתיבות בכללי מגו ס״ק כ״ח לענין מגו והנה כתב בשו״ת פרח מטה אהרן ח״א סי״א דספק בתקנה מעמידין על ד״ת אף להוציא מהמוחזק ודוקא בתקנת בני עיר או מדינה אבל בתקנת הגמרא ד״ת נקרא ובספק המתע״ה וכ״כ בשו״ת כא״ד סימן כ״א והכריחו כן בכמה ראיות ובפ״ת חו״מ סימן ס״י הביאם וא״כ נראה דתקנת הגאונים ג״כ כתקנת בני העיר דהא כתב בתשובת הרשב״א סימן תשכ״ע דכל לבור במקומו כגאונים לכל ישראל שתקנו כמה תקנות לכל ישראל הובא בסמ״ע סימן ב׳ סק״י וא״כ בשלמא בהיסת מהני ס״ס לחייב משא״כ קב״ח על טענת שמא דהגאונים תקנוהו כמ״ש הה״מ פ״ד מטוען ה״ז וא״כ כשיש ספק אם גם כה״ג תקנו אפילו ספק לא חשוב דהא מעמידין על ד״ת אפילו להוציא ממון מהמוחזק א״כ אין מלטרף לעשות ס״ס לכן פטרו רשב״א מקב״ח כיון דכבר נשבע או קב״ח לקיים השידוך שו״ר בגד״ת שער כ״ו ח״ב ס״ג שכתב אם לומר קי״ל לפטור משבועה תלוי בפלוגתת הפוסקים שבחו״מ סימן ל״ג אם אמרינן מגו לאפטורי משבועה וכ״כ מהרש״ך מיהו מהרי״ק בשרש ל״ב כתב די״ל קי״ל לאפטורי משבועה את״ד וכוונתו כמ״ש דאם אמרינן מגו לאפטורי משבועה ע״כ כמ״ש הרא״ש ר״פ כל הנשבעין דהוי כמו לאפטורי מממון כיון דא״ל ישבע יחויב ממון א״כ ה״ב י״ל קי״ל לאפטורי משבועה כמו בממון וכ״ל דמה שהביא מן מהרי״ק אינו ראיה דשם תפס המלוה ואינו רוצה לישבע ואמו דכין אם להוציא ממנו הממון משא״כ בהיסת דלא נחתינן לנכסיה וגם לענין מגו הבאתי דיש חילוק בין היסת לשבועה דאורייתא וכמ״ש הכתיבות הנ״ל ובכנה״ג בכללי קי״ל הביא הרבה פוסקים דגם לאפטורי משבועה י״ל קי״ל אך לא ביאר אם גם בהיסת י״ל קי״ל כמיעוט הפוטרים ועיין שער משפט סימן פ״ז סכ״ב סקי״ז וסימן קכ״ג ס״ט סק״ה הובא בפ״ת שם סק״ה כתב

נמי

כמי דאם יש ספק לענין קנ"ח הוי ספק בתקנה דאינו מוליא מידי היסת שהוא תקנתא דגמרא ומחייבין לישבע היסת או לשלם אף דשכנגדו אינו מקבל בחרם.

בגון שמת הפוסק אין יורשיו צריכים לקיים בכ"ם ס"ח הקשה דהא פסק רמ"א בסימן ק"ג דאומדין דעתו של האב אפילו להוסיף על עישור נכסי וא"כ אין לך אומדן דעתו גדול וזה שפסק לה מחיים וא"כ למה יכולים היורשים לחזור בהם ותירץ הב"ש דרמ"א איירי ביורד האב מנכסיו ונראה שהבינו מ"ש הרמ"א בהג"ה בסימן קי"ג סוף ס"ב וכן כ"ל קאי על וי"א דאפילו להוסיף ואינו מוכרח די"ל דקאי על דברי מהרי"ק שהביא דראוי לאומדו כפי הממון שהניח בשעת מותו תדע דבד"מ כתב דרוב הפוסקים פסקו שלא להוסיף על עישור ואיך יכריע בש"ע להוציא מיורשים המוחזקים נגד רה"פ ומהרי"ק כתב להדיא דאין בידינו לחייבו יותר מעישור נכסי רק משום ועשית הישר והטוב ראוי ליורש עלמו ליתן מחלקו לפי האומד וא"כ כאן כתב רמ"א לפי הדין דא"ל לקיים ופטורים מן הקנס ובסימן קי"ג כתב דראוי לפי עשיית הישר והטוב לעשות מעלמו ונראה הטעם דהא מה דס"ל להפוסקים דלא כמיזל בתר אומדנא משום דביותר מעישור הוי איעבורי אחסנתא וה"ד כשכופין אבל כיון דפטורים מן הדין הרי הם יורשים הירושה רק משום עשיית ישר והטוב ראוי להם לוותר משלהם מחמת לפי האומדנא היה רלון האב כך א"כ ליכא איעבורו אחסנתא ומתקיים כלון אביהם בהיתר ועיין סבו"י ח"א סימן קס"ח הובא בפ"ת לחו"מ סימן רכ"ב ס"ק א' דאף דאין מליה לקד"ה כשלא השלים וכ"ש מילי אפילו בלוואות או"א מ"מ מלד החסד לפנים משוס"ד ראוי לקיים גם בשאר מילי אך אין כופין אלא בדברים בעלמא עיי"ם וברמ"א חו"מ סימן י"ב ס"ב תדע דהא אפילו בטענה קי"ל כמיעוטי הפוסקים א"ל להחזיר לליי"ם כמ"ש בכנה"ג בכללי קי"ל אוה י"ב דהוה כשמא ושמא או כברי וברי כ"ם כשהמוחזק רוב הפוסקים מסייעים לו ואדרבה כימא להבת דתעשה הישר והטוב שלא ליקח כיון דרוב הפוסקים. כנגדה.

עו"ב הב"ש דע"כ ל"פ אלא אם לריכין לאמוד דעת האב דסברא הוא דאין הולכין אחר אומדנא דמי יודע בעלמים בבנין המלאה אבל אם גילה דעתו בפירש דא"ל לאומדנא פשיטא דהולכין אחר דעתו לכ"ע את"ד ואני תמה איך פשיטא לו ואיך יאמר כן לכ"ע הא הר"ן בפרק מליאת האשה כתב ואני תמה האיך נלך אחר דעתו של אב. להוסיף כיון דלרבות מעישור אסור כדמוכח בפרק נערה דף נ"ב וכיון שכן אם האב עשה שלא כהוגן האיך נכוף את היתומים וכי זיכה אותה האב מחיים או בשעת מיתה את"ד וא"כ ה"ע שייך כמי אפילו גילה דעתו בפירש דמ"מ לא זכתה הבת ע"י קנין או מלוה מה"מ וכן מוכח בבו"ת הרא"ש כלל פ"ד ס"ז הובא בחו"מ ס"ס רפ"א בהג"ה דאין הולכין אחר אומדנא למעקר נחלה דאורייתא כיון שלא נעשה מעשה עיי"ם קמ"ע ועו"ז דע"כ הכופה כיון שלא נעשה מעשה המועיל ומילא אף דודאי כך דעתו לא משגיחינן כיון דעדיין ליכא זכיה וקנין המועיל לא לייתינן ליה.

עו"ב וכעין סברא זו מלינו עוד בחו"מ סי' רכ"ז לענין אונאה דאין הלכה כר"י דאמר אין אונאה בבהמה ומרגליות מפני שאדם רולה לזווגן

הייכו מטעם דלא אמרינן אומדנא אבל אי הוה ידעינן בודאי שדעתו היה לזווגם גם חכמים מודו דאזלינן בתר דעתו עכ"ל תלי בדלא חניא ואדרבה מסתימת הפיסקים לא משמע הכי ועוד א"כ כמו במוכר שור ומלא נגחן דאף דרובא לרדיא זבין לא אזלינן בתר רוב כ"ש הכא דליכא רובא יאמר המוכר לזווגן לקחת וא"ל להחזיר האונאה אע"כ אפילו ידוע דלזווגן קנה יש בו אונאה.

ועוי"ל לשיטת הפוסקים דאין אומדין להוסיף על עישור דל"ד נותן לבתו בחייו לנותן לאחר מותו דלאחר מותו הוי עבורי אחסנתא מטעם דלולא שהוסיף לבת ודאי היו יורשין הבנים אף דליכא רק מניעת ריוח כיון דעדיין לא זכו היורשין ומ"מ מניעת ריוח בודאי הוי גרמי ממש כדאיתא בירושלמי ב"מ פא"כ ה"ג המבטל כיס חברו אין לו עליו אלא תרעומת והמבטל שדה חברו חייב כי כיס חברו אינו ברי שהיה מרויח במעותיו אבל שדה מגלי לעשות פירות וה"כ אם נותן בחייו אינו ברי המניעת ריוח דאפשר גם אם לא היה נותן לבת היה נפסד טרם מותו כי העניות שכיח כדאיתא בנדרים דף ס"ד ע"ב וביו"ד סימן רכ"ח מיתה ל"ש ועניות שכיח לכן אף אם השיא לבת אחרת בחייו והוסיף לה על עישור שהוא יותר מתק"ח אין אומדנא מוכחת שהיה מניח לבת אחרת להוסיף על עישור לאחר מותו וכן אפילו פסק בפירש לבתו יותר מעישור אין אומדנא שהיה פוסק לה ליתן לה לאחר מותו כי בחייו אינו רק ספק עבורי אחסנתא ולא עלתה ע"ד שימות טרם שתשא לבעל כי מותה הוי נולד אבל על לאח"מ אפשר לא היה מעביר האחסנתא מבניו.

ועוד נראה דבחייו ליכא שום איסור להאב להוסיף על עישור דבכלו יכול לעשות מה שירלה דעדיין לא באו הנכסים ליורשם והא דתנן בפ"כ דף קל"ג הכותב נכסיו לאחרים ומניח בניו אין רוח חכמים נוחה הימנו ובירושלמי אמר עליו שכתוב אומר ותהי עונותם על עלמותם הייכו על לאח"מ דכבר בא לכלל ירושה והוי עבורי אחסנתא ממש ולקמן סימן קי"ג ס"א בהג"ה י"א דאף בחייו אין להוסיף על עישור נכסי ואין נוהגין כן והנה ראיית האוסרין מהא דכתובות דף כ"ג דאמר אי מנהי דידי וכו' וא"כ קשה למה לא נהגו כן וכ"ל די"ל אדרבה משם ראיה להיתר דאמר אבא סוראה הספא נמי אהדר בי וא"ל יהודא בר מרימר שוייה נפשיך הדרנא לא קאמינא וקשה אם יש איסור ותחלה לא ידע אבא סוראה למה לא יוכל לחזור בו ליהוי כתרי תרעי דאין בו משום מחוסר אמנה כדאיתא בפרק הזהב בהרז"ה ובחו"מ ס"ס ר"ד אע"כ דבעלמו רשאי להוסיף בחייו והא דאמר יהודא בר מרימר אי ומנאי דידי אפילו הכי נמי דכתבת לא ניחא לי הייכו משום דהוסיף ומחמת כבידו של יהודא בר מרימר דאמר דאין לו להתערב בזה לאוב להבנים וכמו ומלו"ה דלא קנה חברו וכן תופס לב"ח במקום שחב לאחריכי דאמר אין לו להתערב לגרום ריוח לאחד ומניעת ריוח לחברו ולפ"ז אף שבחייו פסק יותר מעישור ליכא אומדנא שאם היה יודע שתכשא לאח"מ היה פוסק ג"כ כך כיון דבחייו ליכא שום איסור לדידיה משא"כ לאח"מ דאין רוח חכמים נוחה הימנו ומה דפריך בכתובות כ"ב ע"ב ומי איכא מידי דרהמנא אמר ברא לירות ברתא לא תירות ואתו רבנן ומתקני דתירות ברתא אף דהתקנה היה שיכתוב אדם לבתו כבנו בחייו הייכו כמי נהי דבעלמו

רשאי

פשו' ליתן בחייו ומשו"ה רבנן לא היה להם לתקן זה לחוב להבנים וכה"ג איתא בשבועות דף ל"א ובחו"מ סימן קכ"ג סע"ו ואשר לא טוב עשה זה תנא בשרשה וידעתי כי העי"נ וכו"ב בחו"מ של"ג נמשכו אחר מהרנ"ש שכתב דבכגון זה כ"ע מודו והרי קמן דהר"ן לא ס"ל הכי ולטעמיה גם ר"ת ורוב הפוסקים דלא אזלו בתר אומדנא להוסיף גם בגילה דעתו בפירש לא מוסיפין וכ"ד השארית יוסף א"כ לדעתי אין להוציא מיד הבנים שהם יורשים מן התורה אפילו אין הירושה עדיין תחת ידם וכ"ש אם תפוסים ועומדים זולת אם תפסה הבת אין להוציא מידה.

ס"ן בהגה"ה דיני שדכנות בפנים ואחירות ח"ב סימן ק"נ כתב בשדכן שסידך בן פלוני ממקום פלוני לבת פלוני ממקום. אחר והשדכן דר במקום החתן ושם מנהג לשלם יותר שכר שדכנות ממקום הכלה מחוייבים בני הלדדים לשלם כמנהג מקום היוקר הובא בפ"ת כאן והוכחתו מירושלמי פרק הפועלים בני טבריא לא משכימין ולא מעריבין ובני מעון משכימין ומעריבין בני מעון שעלו לשכור בטבריא נשכרים כבני טבריא והרי בטבריא הפועלים ביוקר כי לא משכימין ולא מעריבין ומ"מ השכר שוה למעון הרי דהולכין אחר מקום שהפועלין דרין אח"ד אבל הגרסא בירושלמי אינו כן אלא הכי בני מעון שעלו לשכר בטבריא נשכרין בטבריא והיינו שהפועלים מבני מעון הלכו לטבריא להשכיר עלמן שם והחילוק מבואר כי הבעלים דרין במקום שאין משכימין ושמא יודעין מנהג מקומן ואדעתא דמנהג שלהם שכרו הפועלים אבל אם בני מעון הם הבעלים הלכו לטבריא לשכור ושם פועלים יכולין הבעלים לומר לא ידענו רק מנהג שבמקומינו שנהגו להשכים ולהעריב וכיון שלא התנו בפירש יד הפועל שבא להוציא מבעה"ב על התחתונה כי הפועל בא לכוף את בעה"ב שישלם לו שכירות בשליחות אף שלא ישכים ויעריב ואם עדיין לא עשו אה"נ שיכולים הפועלים להזור ולומר אנו לא ידענו רק מנהג מקומינו אבל אם כבר עשו או באים להכריח את בעה"ב מחמת שהלכו למעון דהוי כהתחילו במלאכה או מחמת שאין מולאים עתה מקום להשכיר עלמן דאז הפועלים באים להוציא מבעה"ב ידם עה"ת דהא מבואר בפ"ך חו"מ סימן מ"ב קקל"ו ובסימן ק"א ס"ה דאין לחייב מחמת המנהג רק אם ידוע שידע מזה המנהג והוכיח כן בראיות מן הראשונים וכן הסכימו עמו האחרונים וא"כ איך נחייב לד הכלה שדרין במקום הזול לשלם במקום היוקר ואין ידוע שידעו לד הכלה מנהג של. מקום השדכן והחתן ועיין פני משה שעל הירושלמי שם פירש כמו שכתבתי ואפילו לפירוש הפנים מאירות אינו ראיה לדבריו די"ל מעון וטבריא סמוכין ויודעין מנהג שתי המקומות כי שכירות פועלים מצשים בכל יום ובריב"ש סימן תע"ה הביא הירושלמי וה"ל בני טבריא לא משכימין ולא מעריבין בני בית מעון משכימין ומעריבין בני מעון שבאו לשכור מטבריא נשכרין כבני טבריא אבל אדם מטבריא וכו' זהו כשהשוכר הולך למקום הפועל לשוכרו שיכול הפועל לומר ע"ד מנהג מקומי השכרתי עלמי עיי"ש אמנם בירושלמי שעם פירש הפני משה הגרסא בני טבריא לא משכימין ולא מעריבין בני בית מעון משכימין ומעריבין בני טבריא שעלו לשכר בית מעון נשכרין כבית מעון בני בית מעון שירדו לשכר בטבריא נשכרין כטבריא אבל שעולה מטבריא לשכור פועלים מבית מעון וכו' ולזה הגרסא ה"א לפרש דמיירי שהשוכר הולך לשכור פועלים מבית מעון דא"כ הייני קיפא אבל שעולה מטבריא לשכור פועלים מבית מעון וגם לגרסת הריב"ש קשה אם השוכר מבית מעון בא לשכור פועלים בטבריא הל"ל שוכרין כטבריא ולא נשכרין דהיינו הפועלים וגם למה תחלה לא הזכיר פועלים ובקיפא אמר לשכור פועלים והפנים מאירות נדחק לפרש בני טבריא שעלו לשכור מבני בית מעון הייני לעשות המלאכה בבית מעון וגם זה אינו להפסיק בשכינא חריפא דרישא מיירי שעושים המלאכה שלא במקום השוכרים וסיפא מיירי שעושים במקום השוכרים וג"כ קשה למה ברישא לא הזכיר פועלים ובנמ"י ר"פ הפועלים יש חסרון הניכר בדפוס ווין וא"א להולמו כלל.

ועיין בחו"מ ריש סימן של"ב דאם לא פסקו השכירות ויש במדינה מי שנשכר בשלשה ומי שנשכר בארבע אינו נותן אלא שלשה דדעתו דאינם אתרעא זילא ועלייהו רמיא לאגלויי לבע"ה ושם בריש סימן של"ד בנפסק הנהר כחלי יום בין שניהם יודעין בין שניהם א"י דרך הנהר פסידא דפועל דהמוצע"ה ועליו להתכות ואם כן ה"נ איך יהא יד פועל על עליונה.

וברמ"א חו"מ סי' של"א ס"א כתב הלך ממקום שנהגו להשכים ולהעריב למקום שנהגו שלא להשכים ולהעריב או איפכא אזלינן בתר מקום ששכר שם הפועלים והוא מנמ"י וכה"ג כתב הריב"ש בסי' תע"ה כשהשוכר הולך למקום הפועל לשוכרו יכול הפועל לומר ע"ד מנהג מקומי השכרתי עלמי וזה ילא להם עפ"י הגרסא והפירוש בירושלמי דמיירי שהשוכר הלך ממעון לטבריא לשכור פועלים דא"ל להשכים ולהעריב אבל לפי הגרסא והפירוש של פני משה לא מיירי הירושלמי מזה כלל ומ"מ גם לו יהא כדבריהם אינו דומה לשדכן כי התם הפועלים לא הלכו לבקש למקום אחר שוכר להשכיר עלמם אלא השוכר בא אללם כי לא מלא פועלים במקומו והפועלים אפשר היו מולאים במקומו להשכיר עלמם הרי השוכר נחוץ יותר ונחית אמנהגא דפועלים משא"כ בשדכן דדרך שהוא מתחיל לעסוק עם הלדדים וגם לא מלא השדכן במקומו כלה שהחתן לחתן זה וכיון דשדכן והכלה נחולים זה לזה בכוס יד הפועל עה"ת דהמוצע"ה וה"ל להתכות ועוד הריב"ש ורמ"א ונמ"י אמרו רק כשהלך בע"ה ממקום שנהגו להשכים ולהעריב למקום שאין משכימין ומעריבין ושכר שם פועלים אזלינן בתר מקום ששכר שם הפועלים והוא על דרך דאיתי' בב"ר פמ"ח ובילקוט פרשת עקב עלת לקרתא הלך בנימוסה משא"כ כאן הכלה לא הלכה ממקומה למקום השדכן לשוכרו אדרבה הוא כתב למקומה שיש לו שידוך בעדה ועוד להפנים מאירות לפי פירושו בירושלמי דתליא במקום שנעשה בו הפעולה והרי קתם שידוך אינו נגמר עד כתיבת התנאים והקנס או עד הנשואין וכל זמן שלא נגמר אין שום שכר לשדכן דהרי אפילו אחר כתיבת התנאים אם חזרו בהם הלדדים אין לשדכן שכר כדאיתי' בחו"מ סי' קפ"ה ס"י ורוב פעמים יש כמה שקוכים בין הלדדים והשדכן ממלען בשעת כתיבת התנאים והם נעשין במקום הכלה ובשו"ת הרא"ש כלל ו"ו סע"ו כתב כל תקנות הקהל על הפערים ועל המדות כל היושב שם נגרר אחריהם והוכיח מזה בשו"ת שב יעקב מחו"מ ס"ג דאין כח בתקנות ומנהגי העיר על איש שאינו דר בעירם והובא בפ"ת לחו"מ

לחו"מ סי' ז"ן וא"כ הנ"ל אם שוכר ממקום שנהגו להשכים ולהעריב הלך למקום שנהגו שלא להשכים ולהעריב שלא יחויב השוכר בחיוב תקנת ומנהג העיר שהלך לשם לשכור פועלים ול"ל לדעת נמ"י וריב"ש ורמ"א אף שאין השוכר דר בעיר הפועלים מ"מ כיון שהלך למקום הפועלים בטלה דעתו אצלם וכעין שכתב הר"ן בב"מ פרק השוכר את הפועל שאותו דבר שעומד במקומו הטוב יותר מן הבא עליו לכן אותו דבר העומד במקומו נבטל דבר הבא עליו כענין שכינו במקוואות פ"ד דשביעית מים שאובין בתחלה פוסלין את המקוה ומפני שמי המקוה באין עליהן עיי"ש וכאן יש להסביר יותר דאמדו חכמים דעתן שאם היו באין להתנות בפירש היה השוכר מתרצה להפועלים שלא יחזור ריקם למקומו כיון שהלך אצלם לשוכרם ילו יהיבא להשכים ואירות סברתי יש לחלק דאם גד הכלה כתבו להשדכן שישדך חתן ומקומו הוי כהלכו גד הכלה למקום השדכן לשוכרו ומחויבין לשלם שכרו כמקום היוקר שדר בו השדכן משא"כ אם השדכן כתב תחלה לגד הכלה שיבא להם שדכן הוי כהלך אצלם להשכיר עצמו ומשלמים לו כזול כמקומן.

בעבוה"ג סי' נ"ו נשאל אם נשאת האשה והכניסה כל אשר לה לבעלה והשדכן תובע שכר שדכנות אם נימא בעל לוקח הוי וא"ל לשלם מנכסיה והובא בפ"ת וקיים הפ"ת דל"ע לדינא ולי ל"ע אפי' מעולם לא היה לו או לה לשלם למה לא יחויב גד השני לשלם כולו כשנים שלוו מאחד או לקחו מקח מאחד דנעשו ערבים זה בזה וכשאין לאחד לשלם חייב חברו כולו ה"נ יהא כנשכר לשניהם ביחד דהא עשה הפעולה לשניהם ביחד ואפשר דהוי כעשה שתי פעולות נפרדות כי אצל גד החתן עשה פעולה לגד הכלה בהשתדלותו אצל החתן שישאנה ואצל גד הכלה עשה פעולה לגד החתן בהשתדלו אצלה שתשא לו וכן נראה מסו"ה פנים מאירות ח"ב סי' ס"ג אך הזכן ממנהגי המדינות לשלם שכר שדכנות לפי ערך הפרסאות שהלך השדכן ומשלמין שניהן בשוה וגם לפי ערך הנדן ונלד הגדול ולמה הלא אם השדכן קרוב להחתן שדר עמו בעיר אחת והכלה בעיר אחרת רחוקה הרי השתדלות השדכן אצל החתן שישא אותה כלה לא טרח בהליכה כלום אבל מה שהשתדל אצל הכלה בעד החתן שתנשא לו הלך בדרך למרחוק ולמה ישלמו בשוה וכן אותו גד שנותן נדן הסך הגדול ישלם בפחות מגד שכנגדו שמקבל נדן סך רב יותר וע"כ דחשבו מתקני התקנות שכר השדכן בשוה דעושה פעולה לשניהם יחד בשוה דומה שמשתדל אצל גד הכלה עושה פעולה בעדה עד שנתפייסה לשידוך זה וכן מה שמשתדל אצל החתן עד שנתפיים עושה פעולה גם להחתן ועפ"י רוב אין שום אחד שילח שדכן לשדך לו זה או זו אלא השדכן ממציא השידוך ומדבר על לב כל אחד וא"כ כשממציא השידוך לכל אחד עושה הפעולה לו ולמחותנו ביחד ובמקומות שלא נהגו לשלם דבר קצוב דהשתלומין לפי שוויא א"כ למה יגרע זכות השדכן אם גד אחד עני מ"מ פעולתו שוה בין שניהם עשירים או רק אחד ולמה לא ישלם העשיר כל שווי הפעולה דבשלמא ב"ש לשניהם לשלם וזה נותן מחצה וזה מחצה הרי נפרע כל שכר פעולתו אבל כשאין לאחד לשלם הרי פעל אצל העשיר כמי כל הפעולה ואפילו בלא טעם דערבים זה בעד זה יחויב העשיר לשלם הכל דהא נהנה מכל הפעולה שעשה השדכן בין שניהם ולא מצאתי גילוי לדין זה ומהעבוה"ג אין ראיה דלא נשאל על זה ואולי מיירי שהיה תנאי בין החתן והשדכן שהוא לא ישלם כלל שדכנות או שהיה החתן בחור סמוך על שלחן אביו דהמנהג דהאב משלם השדכנות וכתבתי בערך ש"י על חו"מ סי' קפ"ה דאין לשדכן על הבן כלום דלא נחית ומיקרא להשתלם מן הבן לכן היתה השאלה רק מחמת שהכניסה לו האשה נכסיה אם צריך לשלם בעדה מנכסיה ומהרי"ט בחו"מ סי' ק"ו כתב דאפילו לדעת הסוברים דשנים שלוו מאחד אינם ע"ק רק ערבים התם אבל אם לוו לשותפות ולא חלקו ביניהם ההלואה לכ"ע גובה המלוה הכל ממי שירצה כיון דכל אחד נהנה ומכל המעות הוי לוה על כולו והובא בתומים סי' ע"ז סק"ג ושרש דבר זה ממהרי"ק שרש ק"כ וכ"ד המבי"ט ח"ב סי' קע"ז ושאר גאוני ספרדים וא"כ ה"נ הרי כל גד מהמחותנים נהנה ומקבל תועלת מהשתדלות השדכן דהא מה שפעל אצל החתן שישא כלה זאת הוא תועלת גם לחתן וכן להיפך אם כן דיכא שיוכל לגבות כל שכרו ממי שירצה אלא די"ל בזה קי"ל כמאן דלא מחלק בהכי אבל מ"מ כשאין לגד אחד לשלם חייב גד השני כולו כי קבל תועלת מכל השתדלות של השדכן וזה פשוט דשכירות כהלואה דהא בירושלמי ר"פ שבועות הפקדון יליף דשנים שלוו דאמראין זל"ז מוכחש בעמיתו והתם כתיב נמי או עשק עמיתו דהיינו שכירות כפרש"י ובלא"ה פשוט דאין לחלק, וכ"כ בזכור לאברהם חחו"מ אות עין בשם תורת חסד וגם א"ל כיון דליכא לשדכן שטר לאו אמראין זל"ז לדעת הפוסקים דס"ל דבמע"פ לא נעשו ערבים דהא כתב הש"ך בריש סי' ע"ז וגד"ת שער מ"ד משום דכל אחד נוטל חצי המעות וזהו כמאן דפליגי דמי משא"כ בלקחו מקח אחד דנעשו שותפים כיון דצריך חלוקה ושוה א"כ כ"ש כאן דאין בו חלוקה ונשתתפו בהשתדלות השדכן וכל מה שטרח לשניהם טרח ביחד.

שדכן שסמוך לגמרו נשתדך גד אחד עם אחר א"כ נפרד מגד השני ובא אחר עם שדכן ראשון וגמרו שידוך ראשון חולקין שני השדכנים בשוה וטענת שדכן הראשון שיקח שלשה חלקים חצי בעד התחלה לבדו ובחצי שבעד הגמר יחלוקו אינה טענה דכבר אסח ראשון דעתו כ"כ בבי"ת מוהרא"ל בחו"מ סי' ל"ז וכבר כתבתי כן בערך ש"י חחו"מ סי' קפ"ה.

סימן נ"א

ס"א איב ואפס כ"כ רמב"ם פכ"ג מאישות וכתב הה"מ דכ"ש הוא מדין שאב ותמה שעה"מ מהירושלמי ר"פ אע"פ דאמר בשם שהבעל פוסק כך האב פוסק אלא שהבעל מזכה בכתב והאב בדברים ואפילו נימא דבבלי פליג מ"מ לא הל"ל דכ"ש את"ד וכ"ל לפימ"ש טו"ז חו"מ סי' ר"ז סע"ז הא דמילה א"ל קנין דוקא ומילה ברורה אבל כשהוא תלויה דומה למוחל ע"י שפרכים דגם מחילה ל"ק כדאיתי' בסי' י"ב עכ"ל ושם מבואר ברמ"א דל"ד קנין אלא ה"פ נתן שטר ולכן הירושלמי דמיירי לענין מה שהבעל מוסיף בכתובתה דזה תלוי דאם תמות בחייו לא יהא לה כלום לכן דוקא ע"י כתב משא"כ בנתינה ברורה שמסלקין בחייהם א"ל כתב והא דס"ל לרמב"ם בפי"א דמכירה ה"ד הנותן ערבון לחברו ואמר אם אני אחזור בי ערבוני מחול לך מהני י"ל כיון שנותן ליד חברו הערבון דעדיף מקנין דעושה מעשה בגוף הערבון זה נותן וזה מוסף וכדאיתי' בחו"מ סי' קל"ה לענין

חזרה

הזה כ״ז שעסוקין באותו ענין דעושה מעשה בגוף דבר הנקנה עדיף מקנין ומשא״כ מחילה בדבר שמכבר תחת יד חברו דהשתא ליכא רק דיבור וע״כ צריכין לחלק הכי דהא הטו״ז הביא חילוק זה מהא דקנו על המחילה והרי זה כתבו הרמב״ם וכן נראה מהסמ״ע סי׳ ר״ז ס״א ס״ק ב״ג שכתב שפליגי א׳ מהני לשון מחילה דאמר לו וגם מסרו לידו עכ״ל דמאי ל״ל וגם מסרו לידו הרי מחילה מה שהוא תחת יד חברו אלא ל״ל דגם לרמב״ם אם אומר מלוה ללוה על חוב קדוש אם יהא כך חוצי מחול הוי אסמכתא ול״מ בלא קנין או כתב ומוי״ל דהוספת כתובה דאם נתאלמנה ואין בידה כתובה אינה גובה דמוכנין ליורשים שנפרע כדלקמן סי׳ קו״ף ס״ו וכ״ש הכא דלקמן מכוכה מיתה שכיח ואם מייתו העדים אינה נאמנת שפסק לה תו״כ א״כ סתמא נוהגין לכתוב והרי קרקע דינו דקונה בכסף ומ״מ באתרא דכתבי שטרא לא קני בלא שטר ה״נ אף דמדינא נקנין באמירה כיון דהמנהג לכתוב אין קונה בלא כתב.

ועמ״ד וקדשו לקמן סי׳ ס״ו ס״ה הובא פלוגתא אם גם בנשואין אתי׳ לדרב גידל דנקנין באמירה דהמרדכי פרק הכותב כתב אהא דמשה ב״ע נעשה ערב בעד בנו על הכתובה דפריך הש״ס בשלמא פנ״ה אין משתעבד בלא קנין ולא מפני משום דר״ג משום דלא קבל עליו מקמי קידושין רק מקמי נשואין לא רצתה להכנס עד שנעשה ערב ובשעה המלך הקשה המרדכי סותר א״ע דבפרק נערה אהא דהאב כתב לבתו לפני נשואין שיתן לה בשתלך לבעלה פירות כסות וכלים דל״ד כתב דגם אמירה מהני מדר״ג עיי״ש וצ״ל טעמו של המרדכי כיון דמקמי קידושין לא התני שיעמיד ערב על הכתובה א״כ מחויבת להכנס בלא ערב אלא דמורדת ודינה להטעותה בפיצולים היכא דמדינה מחויבים לעשות וחוזרים בהם כדאית׳ בחו״מ סי׳ שנ״ג ס״ה והירושלמי ר״פ אע״פ דס״ל גם אחר נשואין אם הוסיף לה על כתובתה אפ״ה דגמיר ומקני שלא תטעהו לא קי״ל הכי כמ״ש הר״ן ריש פרק אע״פ ולכן דייק מרדכי דלא רצתה להכנס אבל לא עיכבה הנשואין אלא לא רצתה לפסוק לו ג״כ מה שלא פסקה מקמי קידושין זולת אם יעמיד אביו לערב על פסיקתו גם בנשואין שייך דר״ג תדע דהא דר״ג חידוש הוא ואין לך בו רק חידושו כמ״ש הריב״ש סי׳ קכ״ט א״כ בנשואין דאמרינן נמי הא דר״ג ע״כ צ״ל משום כ״ש אבל בזה שכבר מחויבת ודאי גרע מדר״ג דקמי קידושין דאינה מחויבת וכ״ז לענין פסיקה מבעל לאשתו אבל אב הפוסק לבתו כיון דגם אחר קידושין בידו ומותר לגרשה גם המרדכי מודה דשייך דר״ג גם אחר קידושין ומקמי נשואין.

והנה הקשה דבלאו דר״ג חייב כדלקמן סי׳ ק״ב שכבה לו ואפי׳ קבלן והטעם דשכירות א״ל קנין ואף דמחויבת להכנס מ״מ בלא רצונה אינו קונה בע״כ והרי באתנן חייב משום שכירות ולכן כתב דחיוב ודאי איכא אלא דמדר״ג כ״מ לקנות גוף הדבר ולא נראה דשאני אתנן או שאר שכירות פועל דלא היה חייב בלאו הכי לעשות ומשא״כ הכא דאחר שנתקדשה בלא תנאי זה כבר מחויבת להכנס ליכא בו משום שכירות כדאית׳ בחו״מ סי׳ פ״א ס״א בהג״ה ובש״ך שם סק״ו והרי מחילה בע״כ ג״כ ל״מ ומ״מ מחילה מועטת בשרה כדלקמן סי׳ קס״ע ס״כ תדע דהא דשכירות אע״ק ילוף ריב״ש בסי׳ תע״ו ומלון לה ע״מ שתתן לך מאתיים זוז והרי ביצאות בם ומסיק אם מחויב בלא״ה לאלון לה פנויה ומועיל המחילה וגם הקבלן פטור כמ״ש דומה אין כאן כיון דבעל פטור איך יתחייב הערב ועיין ב״ה ומ״ר לעיל סי׳ נ״ן והא דמרדכי כתב דמשה ב״ע נתחייב ודין קבלן היינו כיון דבאמת הבעל חייב לה כתובה צ״ל מנה א״כ משכון א״כ דהא המרדכי ס״ל בס״פ ג״פ קיימן תרכ״א דקבל ומחייב גם לאחר מתן מעות בלא קנין לכן ה״כ אף דכבר אגודה בו ומחויבת להכנס לא גרע מקבלן לאחר מתן מעות דלא הוליא על פי.

ולולא המרדכי דכתב דמיירי אחר קידושין ולפני נשואין י״ל הא דלקמן סי׳ ק״ב מיירי שהנשואין וקידושין בבת אחת וכן משמע הלשון הכנסה לזה דמשמע דהברירה בידה להכנס לאחר ולא לזה זה ודאי כהוכיחה על פיו ובלא״ה נמי לענין הקבלן י״ל דא״י לפטור משום דהשטה בה אחר שכבר מחויבת וכן משמע מסמ״ע בסי׳ פ״א סק״ו דל״ש טענת השטאה רק אם מוטל עליו כגון בן בנו דמוטל עליו ללמדו י״ל משטה הייתי בהתני כיון דיותר מחויב ותקנו וכיון שהבעל חייב בכתובתה נ״ל מנה א״כ משכון א״כ וא״ל הקבלנות והא דפריך ש״ס ק״פ ג״פ אהא דמשה ב״ע דערב דכתובה לא משתעבד ולא מפני משום דר״ג ומיירי לפני קידושין או לר״ג דגם לפני נשואין שייך דר״ג אפשר דוקא במתחייבין האבות לגמרי י״ל אבל דמתחתני גמרי ומקני כהא דר״ג כמה אתה נותן לבנך ולבתך אבל ערב דאינו גומר ומתחייב רק אם לא יהא לבעל לפרוע או לא ירצה לפרוע לא אתמר דרב גידל ומאחר דהריב״ש כתב דהא דר״ג חידוש ואין לך בו אלא חידושו וכ״ש כתובה דהרי ספיקא הוי שמא תמות בחיי בעלה ולא יגיע לה כתובה ושמא יפרע הבעל או יורשיו מנכסיו ולא תלך לגבות מהערב וכיון דלא חסרה כלום ומלוה קעביד הערב לא משתעבד זולת קבלן או קנו מידו.

והנה לענין לאשון דכתב המקנה דבנשואין שייך שכירות וגם הב״ש ומ״ר נתקשה בזה ומה צריך לדר״ג כיון דבלא״ה חייבין משום שכירות ול״ל דצריך דר״ג לקנות גוף החפץ שפסקו אבל חיוב בלא״ה יש משום שכירות דהא בפסק לזון בתה דאיכא רק חיוב ומ״מ רק מדר״ג חייב כדאית׳ ר״ס הנושא אה״ד ובש״ך אין בזה משום שכירות כלל לפימ״ש הרא״ש בתשובה כלל ס״ד ס״ג אם פסק לערב שכר בלא קנין פטור כי ערבות אינו דבר שנוקקין עליה שכר והוי כמו בורח שהיה מעבירת לבני ואמר העבירני ופסק לו שכר הלכה א״ל ליתן יותר משכר הראוי והוא בחו״מ ס״ק קכ״ט הרי אף דלא רצה בלא שכר ופסק לו הלוה שכר פטור וה״כ ל״מ האבה דניב לניתב ע״ד ולא הסרה מידי כדאית׳ בשלהי פג״ה והרא״ש קפ״ק דב״מ לענין מקדש אשה בבע״ח והזר ומחל לא חשבינן רק כלקחה השט״ה בפרוטה דכן שיווי האשה שמתקדשת בפרוטה וגם הבעל מבואר בא״ח בשם האב״ד בב״י לקמן סי׳ ס״ז יובא לעיל סי׳ ב׳ ס״א בהג״ה המומין שאדם נושא עם אשתו אינו ממון של יותר א״כ כל הפסיקות הוי יותר מכדי שכרן וגם ערב ליתן בעד הנדוניא דעת המרדכי והובא לקמן סי׳ ק״ב דהוי כערב לאשה בעד כתובתה דפטור משום דלאו מידי חסרים ומה שנוהגין בדורנות ונתינת נדוניא אינו שכר אלא מתנות וכדי שיוכלו להתפרנס ומזונות תחת מע״י ויעבוד ישראל באשה ובאהבה שמר ולכן צולא דר״ג לית בזה משום שכירות כלל.

וברשד"ם סיו"ד סי' ע"ט כתב אם לכלה פסק סך גדול לאתן הדר בעיר אחרת שיספק לו כשיבא ויכנוס כלתו דהוי כמו שכר שליח לילך לאיזה מקום דחייב לו השכירות שפסק ואללי מפוקפק הדבר הרבה דמה ענייניו לשליח דהולך בשביל משלחו משא"כ חתן זה מה דעביד לגרמיה עביד וכבר אמרו בר"פ דקידושין דכך האיש לחזור אחר אשה דבעל אבדה מחזר אחר אבדתו וזה עדיף משכר ערבות דעושה רק לטובת לוה והוי כאומר עשה סוכה לעצמך ואפ"ה לך דפטור כדאית' בחו"מ סי' פ"א בכתיבות קק"ב וכ"ש בנידון רשד"ס דפסק לו סך רב דהוא יותר ממה שהוא שכר טרחא דהליכה.

וי"א דבעינן עמדו וקדשו מיד ולא הפסיקו בדברים אחרים יל"ד מ"ש ומהא דחו"מ סי' ר"ז ס"א בהג"ה התנו תנאי ואח"כ כתבו השטר סתם ודאי ע"ת ראשון כתבוהו ויותר מזה בסי' רכ"א בהג"ה ובסי' של"ג ס"א בהג"ה בב"ן שהשכיר עצמו והוא משו"ת ריב"ש סי' עת"ה ונראה כיון דאמירה לא קנה בשאר דוכתי רק הכא אמרו חכז"ל דעתם דגמרי ומקני אף דלפעמים יזדמן דאין פיו ולבו שוין מ"מ הלכו אחר אומדנא בזה וגם הא דע"ד ראשונה עושה ג"כ היינו רק אומדנא לכן תרי אומדנא לא אמרינן:

ובמועד קטן דח"י ע"ב אמר שמואל מותר לארס בחוה"מ ליתא מסייע לו דתנן כותבין שטרי קידושין לא בשטרי פסיקתא כדר"ג והובא קושיא בדרישת אחרי הא דר"ג דוקא עמדו וקדשו מיד וא"כ עדיין מסייע לשמואל ולכאורה ראיה מזה להמב"ע סי' רכ"ג אם כתבו הפסיקה בשעת שידוך ואח"ז קדשו סתם קני מדרב גידל דא"ל קנין אך טעמא בעי דממ"כ אם הכתיבה עושה החיוב א"ל לבא מטעמא דר"ג ואם הכתיבה ל"מ הוי כאמירה בעלמא ודוקא עמדו וקדשו מיד ומהא דמו"ק יש לדחות דבאמת מה שתיכן רשב"ם בזה דדוקא קדשו מיד הא דאית' בכתובות דף ק"ב דפסק לו ולא נתן תשב עד שתלבין ראשה ולמה לא כוליא מתני בב"ד כדר"ג דמיירי בלא קדשו מיד בלא"ה איכא כמה תירוצים בתוס' ורא"ש ואס"ז אלא דמוכח מלשון דר"ג דאמר עמדו וקדשו ובמ"ש ב"י כאן וא"כ י"ל דר"ג אמר רב לטעמיה דרב דלמסקנא בכתובות דף ע"ג פליגי רב ושמואל בקידשה ע"ת ואח"כ כנסה סתם דלרב צריכה גט ולשמואל א"ל גט הרי לרב לא אמרינן כשעשה המעשה סתם ע"ד ראשונה עשה וכהי דל"ל דרק משום אומדא דא"א צריכה גט דהא מוכח מכ"ד שהבאתי בסמוך דאמרינן ע"ד ראשון עשה ומהני אפילו להוציא ממון ומ"כ רק משום אומדא וכ"כ תוספת בפ"ק דב"מ כ"ף ע"ב דמהנינן באיסור א"א יותר מממון ועכ"פ לרב יש לו חששא כיון דעשה סתם ולא הזכיר התנאי דלא עשה ע"ד התנאי ובמ"ש מו"ז לעיל סי' ל"ח סב"ה והכי קי"ל התם כרב לכן גם לענין ממון בהא דר"ג כיון דאיכו רק משום אומדנא דגמר ומקני לכן אם לא קידש מיד דכפל עוד חשש כיון שלא הזכיר התנאי לא עשו ע"ד התנאי כולא האי לא אמרינן להוציא ממון מכח אומדנא דצריכין תרי אומדנות אבל לשמואל דקדשה ע"ת וכנסה סתם א"צ"ג הרי דלית בזה שום ספק א"כ הוי כהזכיר בשעת כניסה התנאי בפירש ושייך דר"ג אפילו לא קדשו מיד וס"ס דמו"ק מביא מדר"ג אמר רב דא"ל קנין דגמרי ומקני באמירה בעלמא אבל הא דדוקא עמדו וקדשו מיד איכו רק לרב ולא לשמואל וא"כ שפיר דחי דליכא סייעתא לשמואל לשיטתו.

ובפשיטות י"ל הא דדוקא עמדו וקדשו מיד משום דאל"ה הכי חזינן דלא נגמר בדעתם לברך על המוגמר ואפשר עדיין בלבם להתיישב בדבר וכיון דכל עיקרו דר"ג דאיידי דמתחתני גמרי ומקני והרי הכא גוף החיתון הלוי ברפיון אבל אם נעשה בחוה"מ וכיוצא דאסור לקדש ליכא הוכחה ממה דלא קידש מיד וסתמא אין דעתם לחזור ומהני דר"ג אף שקדשו תכף אחר יו"ט ואף דגם כשרשאים לקדש יזדמן איזה עיכוב מלקדש מיד מ"מ לא נתנו דבריהם לשיעורין לשער אם היה עיכוב א"ל דהא דר"ג רק תק"ח כמ"ש בנו"ב מחו"מ סי' כ"ו וכ"ח והיינו היכא דמותר לקדש אבל בזמן דאסור לקדש א"ל לשער דהרי קונן דלכ"ע אסור עכשיו לקדש וודאי יברכו על המוגמר אחר יו"ט דשא"י לא ידברו כזב.

ובית יעקב בכתובות דף ק"ב כתב דבלא דר"ג כיון שלא התנה כתנאי ב"ג וב"ר תנאו בטל ומעשה קיים דבכל קניינים כשמתנה איזה דבר כגון שתתן מאתיים זוז ולא כפל או שחסר ד"א מדיני תנאי המעשה קיים ופטור מליתן עיי"ש ולא נראה דלשון ר"ג כמה אתה נותן איכו תנאי רק פסיקה והרי מוכר קרקע בסך מה וקנו מן המוכר כיוצא ג"כ דהקרקע קנה ופטור מליתן ומבואר הביטול בכמה דוכתי עחו"מ סי' ק"ל ס"י וסי' ר"ג ס"ג בהג"ה ואדרבה לענ"ד גם אם אמרה אני מתקדשת לך ע"ת שתתן לי כך וכך ועמד וקדשה התנאי בטל והמעשה קיים ופטור מליתן כיון דנהיתה לתנאי ולא התנה כדינו וכן משמע בריש סי' ל"ח ס"ב דאית' בם המקדש ע"ת ולא התנה כתנאי ב"ג וב"ר בטל התנאי וכאלו אין שם תנאי כלל אלא תהיה מקודשת מיד כאלו לא התנה כלל משמע דאין חיוב מדר"ג ג"כ אף בשעת קידושין ומשום דל"ל איידי דמתחתנו גרמי ומקני אהדדי דהרי מספקא להו דהא אמרו דרק תנאי אם יהא כך או על מנת.

ומה שפרש"י במו"ק פ"ג דח"י ע"ב כדרב גידל שכותב תנאי זה בשטר לאו תנאי אם או ע"מ רק משום דדוקא אם לא פסק ומעלמו כמ"ש הריב"ש סי' שמ"ה שאם לא התנו כן אלא שעשה כן מעלמו הוי כשאר חיוב דעלמא ולא מקני באמירה וכן כ"ל מלשון דר"ג כמה אתה נותן לבנך כו"כ כמה אתה נותן לבתך כך משמע אם מעלמן אומרים אני נותן כו"כ ולא נקנה באמירה ובפ"ק דקידושין דף ט' ע"ב פרש"י שטרי פסיקתא התנאים שביניהם וממון שפוסקין זה לזה הרי חלקן רש"י וצ"ע למה האריך רש"י דהא הגמ' אמר שטרי אירוסין שטרי פסיקתא וכדר"ג ולא אמר שאר תנאים וגם הגמ' למ"ל וכדר"ג הא י"ל שאר תנאים שביניהם ועכ"ל דרק הא דר"ג אין כותבין שלא מדעתם שלא לעשות תמצ"פ ונלוה בשכר.

וי"א דאין מגבין לבת מירושתה הומ"ל וזכה בהם בחיי האב כתב סמ"ע דכתב בלשון וי"א משום דאפשר לומר אף שפסק בשעת קידושין ה"ד בחייו ויש בזה מחלוקת בין הפוסקים כדאית' במל"מ פ"ו מהלכות זכיה ובכנה"ג ובאמת הדבר מבואר בירושלמי ר"פ אעפ"י ז"ל תני כשם שהבעל פוסק כך האב פוסק אלא שהבעל מזכה בכתב והאב איכו מזכה אלא בדברים ובלבד דברים שהן נקנין באמירה היאך עבידא גידל בשם רב כמה אתה נותן לבתך כו"כ כיון שקדשה זכת בין הבנות עב"ל ומוכרח דכוונתו דאין מגבין מירושתה כמו שפירש הק"ע דאם בחיי אב פסיקא

נשיאה דאין לבנות טענה דעדיין אין הממון כפל להן בירושה וביאור הירושלמי כ"ל דילי"ד מה זה דהאב אינו מזכה אלא בדברים דהל"ל אפילו בדברים וגם מה זה דפריך האיך עבידא הא כבר אמר דמזכה בדברים וגם תהלה ה"ל לפיים בדרב גידל דהן דברים הנקנין באמירה כמבואר בבבלי ואח"כ הל"ל דאם מת האב זכת בין הבנות וכ"ל דרמב"ם פ"ו מה"ז הלכה י"ז כתב דאין קונין באמירה זו עד שעת נשואין שכל הפוסק דעתו לכנוס וכתב בתשובת בית יוסף להלכות קידושין תשובה י"א דהוי כע"מ שיכנס דזוכה למפרע כשמתקיים התנאי ויל"ד בשלמא בפירש ע"מ הוי כאומר מעכשיו אבל כאן לא אמר ע"מ מנ"ל דהוי כאומר מעכשיו וב"י גופא בחו"מ סי' ר"ז ס"ד כתב דעל תנאי אינו כאומר מעכשיו והובא בכה"מ סי' רנ"א ובדב"ז ח"ד סי"א כתב דודאי האומר ע"מ לאו כאומר מעכשיו דמי ולא כאומר על מנת דבע"מ כמי קסיא היכא משמע דע"מ כמעכשיו וכתב הרמב"ן ז"ל דאכן לא בקיאין במלת ע"מ ואינהו דבקיאי בה ידעי דמשמעותא הוי מעכשיו והבו דלא לוסיף עלה דהא צל תנאי ידעינן שפיר משמעותא ואין משמעותא מעכשיו את"ד וא"כ כיון שכל הפוסק דעתו לכנוס ולא אמר לשון על מנת מהיכא תיתי דהוי מעכשיו ולא יהא ספק איך כונתו המוע"ה וכראה דהנה בחו"מ סי' קל"ה ס"ה איתי' דק"ק סתמא מעכשיו כיון דהדרא סודרא למריה אם לא עכשיו א"א לחול עוד ובכדי לא עביד וא"כ ה"כ דברים הנקנין באמירה דכתב הר"ן בפ"ג דנדרים דף כ"ט ע"ב דאם אמר שיהא עולה לאחר ל' הל"ל דאינו מועיל כיון דכלתה אמירתו ואם לא חל בשעת אמירה תו א"א לחול אלא דמהכי משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט וכמו משוך ולא תקנה עד אחר ל' אם החפץ ברשות הלוקח אחר ל' קונה עיי"ש וזה שייך בהקדש דכל היכא דאיתי' בי גזא דרחמנא הוא וא"כ בפסיקא אם כאמר דאינו חל הקנין עד שיכנוס א"א לחול כלל דכלתה אמירתו ולא עדיף מקנין גמור או שטר שנקרע לפני הזמן וא"כ סתמו כמעכשיו ולשיתקיים התנאי דבכדי לא עביד או אם קנין דרבנן הוא ע"כ כן תקנו שיחול מיד כיון דא"א לחול אח"כ דכלתה אמירתו לכן כשמת האב זכתה הבת בין הבנות. ואין מוכין מירושתה כיון דבחיי אביה זכתה אבל אם נתן כתב דאפשר ביחול כשיכנוס אם לא יתקרע הכתב אינו חל עד שיתקיים התנאי וכיון שמת האב לפני הנשואין ונפל הממון לפני יורשים אינה נוטלת. רק חלק ירושתה וזה שאמר האב אינו מזכה אלא בדברים ולא בכתב ופריך האיך עבידא דהא הל"ל כ"ש כתב ומשני דכ"מ לענין שתזכה בין הבנות מהמות הפסיקה אף דמת האב לפני נשואין דאז רק כשזכה באמירה.

ומה שאמר הירושלמי ובלבד דברים שהן נקנין באמירה אפשר לפרש דבב"ב פ"ה דף ע"ז איתי' אין אותיות נקנין במסירה דאותיות מילי נינהו ומילי במילי לא מיקני וכתבו תוספת שם דמסירת השטר קרי מילי דקאמר ליה קני לך שטר זה דהיינו מילי בעלמא אבל כשכותב שטר בשמו על השעבוד אין לך מעשה גדול מזה עכ"ל לכן כאן דאב אינו מזכה בכתב רק באמירה לענין שתזכה בין הבנות א"א שיזכה לה שעי"ה באמירה דמילי במילי לא מיקני ולפיו"ש רמ"א בחו"מ סי' ר"ט ס"ד בהג"ה דאם נתן דשלב"ל ומסר לו שטר וכשבא לעולם השטר ביד המקבל קנה במ"ש הפו"ז שם ה"כ דשלב"ל אינו נקנה באמירה כיון דאינו מועיל רק אם קני מעכשיו דאח"כ כלתה אמירתו והרי עכשיו לא ב"ל וכשיבא לעולם אין ביד שבת כלום וכן לדעת האומרים שבהג"ה שם אם אומר בפירש שיקנה כשיבא לעולם קנה לא מהני כאן דאז כלתה אמירתו אבל בכתב יכול להקנות לאותן דעות כשיהא תפיס שטרא כשיבא לעולם או כמ"ש לעיל דבעל מזכה בכתב תוספת כתובה משום דהוא ספק אם תתאלמן הוי כאסמכתא דלריך כתב לזה אמר דגם האב אינו מזכה אם יש בו אסמכתא דגם תחילה דקני באמירה לא נקנה על ספק באמירה והנה בירושלמי ר"פ הכותב אהא דתנן כתב לה דו"ד אין לי בנכסייך בחייך ובמותך אם מתה אינו יורשה רשב"ג אומר יורשה דהתנה עמש"ב ואמר רב הלכה כרשב"ג ולא מטעמיה דמתנה עמש"ב בממון תנאו קיים אלא משום שבסוף הוא זכה בהן ופירש ק"ע דהא לא ידע שתמות היא בחייו דלא הוי מחילה גמורה דאסמכת היא ואסמכתא לא הניא והרי קמן דזה השוב אסמכתא ה"כ בהוסיף לה כתובה אף מה דס"ל לרב דגם כתב לא מהני ואיך יועיל כשכותב לה תוספת כתובה ל"ל כיון דנהגו להוסיף בכתב מהני משום סטיתא כמ"ש תוספת בפא"כ דף ס"ו דסטיתא קונה באסמכתא וכיון דנהגו בכתב לא מהני רק בכתב ולא באמירה לבד ועוד דכתב בשו"ת הרא"ש כי"ב ס"ג דסתמא לא מהני רק כשעשו מעשה ולא בדיבור בעלמא אפילו נהגו.

ובשו"ת ריב"ש סי' שמ"ה הובא בשם הרב ר' יוסף יחיא שכתב בשם הגאונים דדברים הנקנין באמירה בשעת קידושין אעפ"י שלא בא לעולם ובלשון אסמכתא עיי"ש אבל ברמב"ם פ"ו מזכיה ופכ"ג מה"א ובטוש"ע מבואר דאין נקנה כשאין ברשותו א"כ אפשר גם אסמכתא דהא הריב"ש סי' קכ"ט כתב דהא דנקנין באמירה חידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו והרי לשון ר"ג כמה אתה נותן לבתך ולבנך ואין בזה הלשון אסמכתא ועוד דהא הא דהכותב דו"ד אין לי עליך דמיירי בכותב לה בעודה ארוסה כדמוקי בירושלמי שם ומ"מ אמר רב דיורשה משום דהוי אסמכתא או כמ"ש הרא"ש משום דהוי דשלב"ל ולמה לא יועיל לפני נשואין מדר"ג אמר רב ואין לומר ראיה להיפך מדאמר בבבלי שם דף פ"ד דטעמיה דרב דהכותב עשו חיזוק לדבריהם ולא אמר משום אסמכתא או דשלב"ל זה אינו דהא בש"ס בבלי פ"ק דב"מ דף ע"ז ע"ב איתא דרב אמר בשדה זו לשאקחנה מכור לך קנה והרי בזה יש נמי ספק אי אתי לידו והוי אסמכתא וכ"כ בהגמ"ר פ"ק דב"מ וכ"כ בתומים סי' סמ"ך ס"ו ס"ק י"ד ופשוט הוא דהוי ספק כמו ירושת אשתו לכן הוכרח בבבלי לומר טעם אחר אבל מהירושלמי מוכח דר"ג א"ר ליתא בדשלב"ל או באסמכתי' ולא מלינו בבבלי דחולק בזה שו"ר בכנה"ג בהגהות ב"י ומשו"ת מהר"א די בוטין דאסמכת לא מהני אף בשעת קידושין.

ועוד נראה דכונת הירושלמי ובלבד דברים שהן נקנין באמירה בשעת אמירה כי בית תורה על הזמן בכמה מקומות ובא למעט דבר שאינו ברשותו או לא ק"ל דאפילו למ"ד אדם מקנה דשלב"ל אין הקנין חל עד שב"ל וזה א"א באמירה דכלתה אמירתו ואף להתוספת ביבמות דף ל"ג למ"ד אדם מקנה דשלב"ל מהני אם אומר מעכשיו שלא יוכל לחזור בו קודם שב"ל מ"מ כשלא אמר מעכשיו לכ"ע אין חל הקנין עד שב"ל והריטב"א בפ"ג דקידושין דף ס"ג מחלק באם מקנה דשלב"ל ל"מ מעכשיו ולכ"ע יכול לחזור דאין נקנין על מה לחול עד שבא לעולם

וכשמקנה

וכשמקנה דבר שישנו בעולם רק אינו ברשותו מהני מעכשיו לר״מ ושאר תנאי דס״ל דאדם מקנה דשלב״ל שלא יוכל לחזור אף טרם שבא לרשותו וכ״ז כתבתי מחמת שלשון הירושלמי אינו סובל פירוש הפ״מ וקה״ע אח״כ מצאתי באו״ת סי׳ ק״ו סק״ח ס״ק ק״ו הביא מן הראב״ן דמכניס שט״ח לחתנו בכל״ב אף דגם בזה שייך הן הדברים הנקנין באמירה מ״מ צריך כומו״ם לבעל תחתיו.

אם אומר אתן ב״י הביא מהרשב״ם מי שנדר לתת בשעת נשואין ברא״ש כל הקהל מתנה מרובה אינו כלום אפילו אם קנו מידו לפי שהוא קנין דברים ולא תועיל המתנה אלא במעכשיו ותמה ב״י דהא קי״ל כל קנין כמעכשיו הוא וא״כ אמאי ל״מ כשקנו מידו לתת מתנה כמו כשאומר מעכשיו את״ד והש״ך בחו״מ סי׳ רמ״ה כתב דנעלם מן הב״י דברי הטור בחו״מ שם וא״כ צריכין לתרץ תמיהת ב״י ונראה דבחו״מ סי׳ קל״ה בהג״ה כל ק״ס שתמא מעכשיו דבכדי לא עביד ובכתובות דף כ״ה ע״ב המקדים מע״י אשתו אמר הגמרא דעשה כאומר יקדשו ידיך לעושיהם והא לא אמר לה הכי ומשני ר״מ לטעמו דאין אדם מוציא דבריו לבטלה לכן נעשה כאומר יקדשו הידים וכתבו התוספת בפרק המדיר דף ע״ן ע״ב משום דצריך לתקן דיבורו ולשנות תכמו שנדר לכן דוקא לר״מ משכין והכא לא קי״ל כר״מ רק כחכמים וא״כ בשלמא בק״ס סתם דא״ל לשנות כי י״ל כונתו מעכשיו כמו לאחר זמן אמרינן בכדי לא עביד אבל הכא הא נדר לתת בשעת נשואין. א״כ גם כשקנו מידו אין לומר דכונתו להתחייב מעכשיו דזה הוי שינוי דהא לתת אין בו חיוב הגוף והם אמר בשעת נשואין ואפשר אפילו לר״מ כ״ל הכי לפירש״ם תוספת שם בהמדיר דגם לר״מ משום אין אדם מוציא דבריו לבטלה אין לנו להוסיף על דבריו מה שלא אמר כלל אלא לתקן דבריו שאמר והכא צריכין להוסיף לומר מה שקנו מידו הייננו דקיבל עליו חיוב גוף מעכשיו והפרעון יהא בשעת נשואים והא לא אמר מזה כלום אך כשקנו מידו ואמר בפירש מעכשיו ע״כ צריכין לפרש דבריו מעכשיו מיחייב גופו דאל״כ יסתרו דבריו ואיתי בחו״מ סי׳ כ״ט דיש ליישב דבריהם אפילו בדרך רחוק שלא יסתרו דבריו.

ולהב״י צ״ל נדר לתת אינו דומה למקדים מע״י אשתו דהתם אין במשמעות מע״י שיקדשו ידיה גופה משא״כ הכא דנדר לתת ואמר אתן יש בו שתי משמעות די״ל שאינו חיוב רק הבטחה שיתן את״ז כפרש״י בפרק השולח דף מ״ס ע״ב וי״ל נמי שמעכשיו מחייב עצמו ליתן לאח״ז וכל ספק בלשון יד הנותן על העליונה הן מחמת שהוא מוחזק או דכל הקונה מחמת הלשון אינו קונה רק הברור בלשונו כמ״ש בח״מ בכללי תפיסה סק״א ולכן אם אמר מעכשיו הרי הזכיר דכונת דבריו דמעכשיו מתחייב ליתן בשעת הנשואין וע״כ תמה ב״י הא כל קנין הוא כמעכשיו אבל בחו״מ סי׳ רמ״ה צ״ל אתננה דמחייב עצמו מעכשיו ליתן לאח״ז בשטר אחר דממ״נ אם כיון דלא הגביל זמן מתי יתננה מחויב תיכף א״כ למה לו שתי שטרות הוי ליה לכתוב בשטר זה נתונה לך ואם אינו מחויב מיד אהה זמן תתן ויכול לדחותו לעולם עדיין יש לי פנאי ליתן א״כ ליכא חיוב ובטל כל השטר כדאיתי׳ בחו״מ סי׳ מ״ב ס״ט דהיכא דיכול לדחותו בטל כל השטר ע״כ גם קנו מידו לא מהני והיינו דהאריך הרמ״ה שם וכתב אם אמר אתננה לו אפילו אם קנו מידו לא קנה דקנין דברים בעלמא הוא ולא מיחייב לקיימו בע״כ עכ״ל דאתי לאפוקי דלא כיומא נהי דלא קנה גוף השדה עדיין בקנין ושטר זה מ״מ יש עליו חיוב ליתנה לו בקנין ושטר אחר וכופין אותו ומיהו אם אמר אתננה לו מעכשיו בין בשטר בין בקנין קנה לאלתר דכיון שאמר מעכשיו אינו לשון הבטחה אלא בהאי בטרא מקנה לו גופא דארעא וה״ע כיון דפירש מעכשיו ליכא יתירה ע״כ לומר דמקנה לו גופא דארעא אף דאין זה במשמעות לשון אתננה בע״כ מתקנין שלשון אפילו לשנותו דאין הולכין אחר לשון הכתוב אלא אחר הכונה כדאיתי׳ בחו״מ ס״ס ס״א ומהר״א ששון סי׳ קל״ג כתב דאף דאומר אתננו שהוא לשון הבטחה עכ״ז לשון מעכשיו מתקנו ומסירה מזאת הכונה ומפרשין לשון אתננה לשון הוה והקשה איך יועיל לשון מעכשיו לעקור משמעות אתננו שהוא לשון להבא ותירץ כיון דלר״מ קנה הרי דלשון אתננו אינו מוכרח שהוא להבא דוקא אלא אדרבה חזינן שהוא בהוה לדעת ר״מ כאלו אמר הריני נותן לך א״כ מינה לדעת רבנן כיתא נמי שאינו אלא לשון מסופק ולפיכך לא קנה כיון דספק בכונתו אבל כשהוא אומר מעכשיו הרי גילה שדעתו הוא מעכשיו את״ד והוא דחוק מאד לומר דאתננו הוא לשון מסופק ואין ראיה מר״מ דס״ל בערכין דף ד׳ ובכתובות דף כ״ח ע״ב דמשום דא״א מוציא דבריו לבטלה מתקנין ומשנין לשונו ועב״פ צ״ל כמהר״א ששון דל״ל בזה כיון דיתבטל השטר לגמרי יד המקבל על עליונה כמו עד הפסח בחו״מ סי׳ מ״ב ס״ט דהכא י״ל דטעם הנותן וכסבור דגם קנין אתן מועיל וכל״ל לדידי ביבוב דברי ב״י דלא תמה רק משום דכל קנין כמעכשיו ולא משום דיד בעל השטר על העליונה וכן בקנין ומשום דלהו כ״ב ידעי האי דין דקנין אתן ל״מ והרי כ״פ באמת ק״ל דמהכי ועיין סמ״ע בסי׳ מ״ב ס״ט ס״ק כ״ו ויש לו ראיה מהר״א ששון וב״י בחו״מ סי׳ קל״ה מתורת י״ב הביא מש״ת רשב״א סי׳ אלף נ״ג יב מהגאונים שאמרו דכל לשון עתיד שאתן כך הוי ק״ד ויבמ״ש דהרי הוא כאלו קנו מידו בחיוב אותו סך עכ״ל ותקשי נמי הא כל קנין כמעכשיו ואפשר אותם גאונים ס״ל גם מעכשיו ל״מ והב״י כאן תמה רק לדברי ריב״ש דמעכשיו מהני ה״כ יועיל קנו מידו סתם ולדידיה לא סבירא ליה אלא בקרקע דע״י מעכשיו מפרשין דמקנה לו עכשיו גוף הקרקע אבל כאן מטבע אין נקנה בק״ס וכ״ש כשלא סיים דבר בעין שנאמר כי הוא זה שנקנה גוף הדבר ולומר דקנו מידו בחיוב תליא במחלוקת שבשו״ת רשב״א שם.

הג״ה שפסק לעשות לה כתובה וכו׳ לכן נהגו לעשות תנאים חדשים קודם הנשואין ובחו״מ סי׳ רמ״ה כתב רמ״א ס״ב דהכותב לאשתו בשעת שידוכין לעשות לה כתובה גדולה לא זכתה כ״ז שלא כתב לה לכן נהגו לעשות תנאים חדשים בשעת החופה וכתב סמ״ע שם יש מקשים מה מועילים תנאים אחרונים יותר מראשונים וכתב עלי אחזיה כאן בק״י ולא ידענא מה קשיא ליה הא תנ״א עושים סמוך לחופה וקידושין וקנו מדר״נ דאין קפידא בלשון אתן דכל קנין דר״ג כמה אתה נותן לבתך ולבנך ע״י״ש ולפיה״ם לעיל לפרש מ״ש הירושלמי הכא מזכה לבתו בדברים ובלבד דברים שהן נקנין באמירה דהיינו דאם פוסק ליתן לה שט״ח שיש לו לא מהני כמ״ש בב״ב דף ע״ז דמוכר שט״ח צריך כומ״ם דמילי נכתו ומילי במילי לא נקנה ובסמ״ע ר״ס ק״ו ביארו דאין ק״ס וחליפין חלין כ״א אדבר שגופו ממון והוא בידו ומשא״כ

שטר

שטר דאינו אלא לראיה שכו"כ חייב ושהשדות של הלוה משועבדים לו אבל עדיין אינם שלו דקי"ל ב"ח מכאן ולהבא הוא גובה ולכן אפילו מכר השטר ביד הזוכה וא"ל בע"פ קני לך איהו וכל שעבודיה עדיין מילי במילי עד שיכתוב לו דכתובה זו חשוב מעשה עכ"ל ולכן כמו דמדר"ג אינו נקנה רק דבר שבידו כן לא נקנה שע"ה שספק דזה אינו נקנה באמירה דא"י להקנות גוף החוב דאינו בידו ומה שאומר ופוסק כל שעבודיה הוי רק מילי ומילי במילי לא מיקנו וא"כ ה"נ כשפוסק ליתן לה כתובה גדולה דעדיין לא יהא רק מילי האותיות שבתוכה א"כ מה מוסיף בתנאים אחרונים ככ"ל אף שלא מצאתי בפוסקים זה והוא דבר חדש מ"מ הרי הבאתי לעיל מהריב"ש דר"ג הידוע הוא ואין לנו רק במפורש כמה אתה נותן ה"נ שגם מילי יהא נקנה לא נשמע מדר"ג וכן אם אבי שבת פוסק לפני החופה ליתן שטח"ז יכול לחזור בו אף דעמדו וקדשו וצריך לקנות מתנו שמחייב עצמו ליתן כתובה או שטח"ז דזה מהני כמ"ש בערך ש"י לחו"מ סי' רמ"ג.

סימן נ"ב

יכולה היא לומר לבעל בפרק מציאת האשה דף ס"ו במשנה הפוסק מעות לחתנו ומת חתנו אמרו חכמים יכול הוא שיאמר לאחיך הייתי רוצה ליתן לך איני רוצה ליתן ופרש"י ונפלה לפני יבם והוא תובע מה שפסקו לאחיו יכול הוא שיאמר או חלוץ או יבם אבל אחיו או יתן או תשב עד שילבין ראשה עכ"ל ותמה הר"ן הא קי"ל כאדמון לקמן דף ק"ט דגם להחתן יכולה לומר או כנוס או פטור ויותר קשה על מהרי"ח בהג"א שכתבו כרש"י וכן רבינו ישעיה דטראני בא"ז ונהי די"ל רש"י לא נחית לפרש רק אליבא דת"ק דאינו פוסק רק מפרש אבל מהרי"ח ורי"ט איך כתבו כן להלכה ונראה דאדמון אינו אומר רק יכולה היא שתאמר אבל אם שותקת ואינה מקפדת לא אכפת לן דהא אינה מצווה על פ"ו וכאן בא לומר דיכול הוא האב בעד בתו נערה לכוף את היבם כיון דנערה ברשותו ומצוה עליו רמיא להשיאה לאיש כמו דאיתי' בפ"ג דקידושין דף ס"ד ע"ב ואם לא היה לו טענה לאחיך הייתי רוצה ליתן לא היה יכול לכוף להיבם כיון דהכלה בעצמה שותקת והוא אינו מקיים פסיקתו ומה דלא פרש"י לענין דהאב פטור מליתן פסיקתו י"ל דזה פשיטא טובא כיון דהיבם בא להוציא ואפילו בלא טענת האב אין ידוע אם היה רוצה ליתן לזה וע"כ דקמ"ל דיכול האב ליכוף היבם דבזה ה"א דאין האב נאמן לכוף להיבם וקמ"ל דיכול לכופו והטעם כדאיתי' בפרק לא יחפור דף כ"ד ע"ב ספק אילן קדם לעיר ספק העיר קדם קוצץ ואינו נותן דמים משום דודאי למיקץ קאי ספיקו נמי אמרינן לו קוץ ואי משום דמי אייתי ראיה ושקול ה"נ ודאי מחויב או ליבם או לחלוץ ספיקו נמי מחויב כן ולענין דמי צריך ראיה או דרש"י דייק מה דשנה התנא יכול הוא שיאמר דהל"ל יכול לומר והנהו דאדמון אומר שבעה דבפרק בתרא דבמקבלתן נמי זה הלשון יש ליתן טעם בכל אחד ובירושלמי באמת שם ליתא וגם מאי דתנן בפרק מציאת האשה בדף ס"ח יכולה היא משתגדיל להוציא מידו י"ל משום דדוקא היא אבל אם היא אינה רוצה לדון אין הבעל יכול לדון כדאיתי' בש"ך חו"מ סי' קכ"ב סקל"ד לכן ה"נ מאי דתנן יכול הוא לרבותא אף דאם החתן היה חי לא היה האב כופהו לישא או ליתן גט מ"מ ביבם הוא יכול אף דבתו אינה מקפדת להמתין.

סימן נ"ג

ס"א האב שפסק ע"י בתו בירושלמי פרק מציאת האשה ה"ב על המשנה הפוסק מעות לחתנו ומת חתנו אמרו חכמים יכול הוא שיאמר לאחיך הייתי רוצה ליתן ולך א"א ליתן פריך ולא דברים שהן קונין באמירה הן תני ב"ק פוסק ע"מ לכנוס וכינו הפוסק מעות לבתו קטנה כופין אותו ליתן הא לגדולה לא אמר ר"א כופין אותו ליתן גט והק"ע שיבש והגיה ובשירי קרבן פירש בלא הג"ה דמייתי סייעתא לדברי ב"ק מדתני לבתו קטנה הא לגדולה לא ב"מ דהטעם דבגדולה אמרינן שאין כונתו אלא שישאנה אבל קטנה כונתו לשם מתנה וזכתה לעולם אפילו מת החתן זה והא דאמר ר"א וכופין אותו ליתן גט הוא ענין בפ"ע דקאי אמתניתין דכופין אותו לחלוץ וגט לי"ד עיי"ש ואין בו טעם לחלק בין גדולה לקטנה וגם הגאון ר"ה שבסמוך ס"ב לא מחלק בהכי וגם דחוק לפרש גט היינו חליצה ופנ"מ פירש וכינו דתניא נמי הכי דאינו קונה בפסיקה אא"כ כנס וכדמפרש ר"א דכופין הבעל ליתן גט דעדיין לא כנס ולא קנה בפסיקה וכיון שאין לאב מה ליתן כופין אותו לפוטרה וג"ז אינו נכון דמה בכך דלא קנה בפסיקה מ"מ הבעל אדעתא דהכי קידש ואם משום דיכולים לומר אבא פסק עלי ומה יש לי לעשות כאדמון דבפרק שני דייני א"כ אפילו קנס טענתה טענה וכמבואר כ"ז בתוספת דף ק"ט לכן נראה דס"ד דירושלמי טעם הברייתא דבקטנה כופין האב ליתן ובגדולה לא משום דקטנה רמיא מצוה על האב להשיאה כדאיתי' בפרק האומר דף ס"ד ע"ב ואיתי' בבכורות דף י"ח ע"ב אקנויי אקני ליה מקום בחצרו דניחא ליה דליתעביד מצוה בממוניה וכתבו תוספת ואפילו בלא קנין קא קני דקאמר ומשעבד נפשו לכן ה"נ בקטנה נקנה באמירה בלא קנין ועוד כיון דמצוה הוא הוי כמו אשנה פרק זה דהוי כנדר כדאיתי' בפ"ק דנדרים דף ח"ת עיי"ש לכן פריך על ב"ק וכינו יתרץ כן כדמחלק הברייתא דבגדולה אין כופין לאב ליתן ומשני ר' אבון דפירש הברייתא לענין לכוף את הבעל ליתן גט אם האב פושע לו הרגל דמיירי כשפסק במעמדה כדאיתי' בירושלמי פרק שני דייני דבזה ס"ל לרבנן דתשב עד שתלבין ראשה כיון דגדולה היא הוי כפסקה בעצמה וכן פירש מראה פנים דברי ר' אבון.

עוד נראה די"ל הא וכינו דמייתי ראיה מהך ברייתא לב"ק דיל"ד למה תני דכופין ליתן גט ולא תני כופין או לכנוס או לפטור כלישנא דמתניתין בפרק שני דייני וכן בתוספתא בשילהי כתובות והך תוספתא דכופין תני ג"כ תיכף התם לכן נראה דהכא בב"ב דף ע"ז איתא האומר זכו בשדה זו לפלוני ע"מ שתכתבו לו את השטר חוזר בשטר אף דכבר החזיקו לו בשדה ומתבטל ג"כ המתנה וברא"ש שם הקשו הא ע"מ כאומר מעכשיו ויכתבו שטר בע"כ של נותן כמו ע"מ שתתנו לו מאתיים זוז ותרצו דכתיבת שטר צריך שיהיו שלוחים של הנותן ויכול לחזור משליחותו והרא"ש שם כתב דגם בע"מ שתתנו לו מאתיים זוז כן הוא משום דמקבל ה"ל לאתנויי שהוא לטובתו וכן הוא בחו"מ סי' רמ"ג ס"ז והנה בע"מ שתתנו לו מאתיים זוז רבים חולקים על הרא"ש כמבואר בתפארת שמואל על טוח"מ שם ובשו"ת הרא"ש כלל ל"ד ס"ג

נמי

כוני כתב דבע״ו שתתנו לו מאתיים זוז יכולים ליתן למקבל בע״כ ומתקיים המתנה דא״ל בזה דעת נותן וכ״כ הראשונים באה״ז בב״ב שם וגם הרא״ש בפסקיו לא קאמר רק בע״מ שתתנו לו מאתיים זוז דהוי רק טובת המקבל ואיהו ה״ל להתנות וזה לא שייך הכא דכניסה לחופה גורם התחייבות לבעל כתובה ושכו״ע וא״כ כשפסק האב לקטנה וא״כ פשע לו הרגל כדאית׳ בתוספתא התם דפרשו הרמב״ם שהלך האב למרחקים וכן לשאר מפרשים שאינו רולה ליתן מה שפסק א״כ בקטנה דאי אפשר שתנשא בלא דעת האב אף שנתקדשה מדעתו כדאית׳ בקידושין ולעיל סי׳ ל״ז סי״ג א״כ לא אפשר לכוף האב ליתן מה שפסק דיכול למחות מלכנוס ממילא בטל המתנה שפסק כיון דכל הפוסק ע״מ לכנוס פוסק וכן בהלך לו דא״א לכנוס בלא דעת האב וע״כ כופין החתן ליתן גט שלא לעגנה דמה יכולה לעשות דהאב פסק והאב מעכב הנשואין ולא שייך בזה לומר או כנוס דא״א בלא דעת האב משא״כ גדולה יכולה להנשא בלא דעת האב וממילא מתקיים התנאי ויורדין לנכסי האב ונותנין לבעל מה שפסק לו האב וממילא מוכח דכל הפוסק ע״מ לכנוס פוסק דאל״כ אלא דהאב אין לו או גבר אלים מ״ש גדולה או קטנה ובהכי ניחא מה דאית׳ בבבלי דף ק״ע תנא בד״א בגדולה אבל בקטנה כופין כופין למאן אי לימא לאב אפכא מבעיא ליה דלרש״י שפירש דקאי אפסקא היא על עצמה קשה איך נכוף לאב במה שהגדולה פסקה על עצמה נהי דתנאה תנאי לעצמה מה לנו על האב ואם לפירש התוספת דקאי על המשנה דהאב פסק במעמד הבת עדיין מ״ש גדולה מקטנה כיון דהאב פסק ותנאו תנאי ולפיר״ש א״ש דגדולה נוכל לכוף את האב אף דפסיקתו ע״מ לכנוס תוכל לכנוס שלא מרצון האב וממילא נתקיים התנאי אבל קטנה יכול האב לעכב שלא תכנוס וממילא בטל הפסיקה וא״א לכופו ומשכי כופין לבעל ליתן גט דזה דוקא בקטנה אבל בגדולה עד שנכוף לבעל ליתן גט תנשא ונכוף לאב ליתן מה שפסק וא״ל גם בקטנה ממתין עד שתגדיל ותנשא ונכוף לאב דאין נותנין לבתולה יותר מיב״ח וכן לו ואפילו בקטנה אם רולה להנשא תדע דלאמנת ע״א במיתת הבעל הוא ומשום דדייקא ומנסבא מתוך חומר שהחמרת עליה ומשום עגונא הקילו בה רבנן כדאית׳ כ״פ הא״כ ומ״מ גם בקטנה הכי הוא כאשר כתבו נו״ב בחא״ע סי׳ כ״ז ומ״ב וב״מ לעיל ק״ם ע״ו אף דאינה בת דעת לדייק בעצמה וגם. אפשר ליכא בה החומר אם ניקת וכמבואר בב״מ שם והלא טוב שתמתין מלהנשא עד שתגדיל אע״כ כיון דרלונה להנשא מיד שייך עיגון ואין לומר בגדולה נמי אם אינה רולה להנשא נכוף הבעל ליתן גט דזה אינו דהא המשנה בפרק שני דייני ובתוספתא׳ שם אמר אדמון רק דיכולה היא לומר אבא פסק עלי ומה אני יכולה לעשות או כנוס או פטור וא״כ כשאינה רולה להנשא ומחמת כן א״א להוליא מהאב אזי ודאי א״א לכוף להבעל ליתן גט.

בה״ג״א פרק מליאת האשה כתב ונ״ב כטורא׳ גאון דלא איירי אלא במקדש בלבד אבל אם כתב כתובה קנאה היבם בכתובה ולא יכול לומר לך א״א ליתן עכ״ל והשמיטו המחבר ורמ״א ועוד בזה המקנה ונראה דר״ל גאון ס״ל כדעת ר״ן וניגאם ורמב״ן דאם הבעיח מלוה להלוות ללוה וכתב וחתם לו הלוה שטר חוב מחויב המלוה להלוות כיון דנשתעבדו לו נכסי הלוה אבל לרשב״א וטור וש״ע בחו״מ סי׳ נ״ט דאינו מוכרח להלוות לו ואפילו כבר מסר הלוה השטר ליד מלוה כדאית׳ במ״ב הובא בש״ך שם סק״כ ה״נ אף דנשתעבד לה בכתובה על מה שפסק לי האב של הכלה מ״מ אינו כאלו כבר זכה החתן וכמו דיי״ל ולך א״א ליתן כשפסק נגד ה״נ כשכתב כתובה וכיון דהמחבר ורמ״א סתמו בחו״מ שם כהרשב״א וטור ה״נ לא הביאו דעת הגאון.

ס״ג שתנשא וכו׳ וכיון שנתקדשה ברשד״ס חו״ד סי׳ ל״א פשיטא לו מכמה ראיות דגם בלשון בני אדם אם אמר נשואין אין קידושין בכלל ולעיל סכ״ז ס״ג בהג״ה ובאחרונים ובקה״י בלשון ב״א סי׳ ר״ע וסי׳ ש״ז מבואר מחלוקת בזה ונראה דעת הגאון כאן דיש לפרש ג״כ קידושין וכיון דהוה ספק בתנאי אינו מוליא מידי ודאי מתנה כמ״ש לעיל סי׳ מ״א ס״ג ולכן יפה כתב הדרישה דאם מתה בנה יורשה ואם תפס האב י״ל קי״ל דאין קידושין בכלל נשואין בין מתה בין מת האמרוס כיון דעדיין לא נשאת וב״ן ב״מ ומל״מ רפט״ו מה״א.

הג״ה ור״ת פירש דלא זכה בהן הבעל במלאמות פכ״ש הקשה כיון דאומדנא דלא נתן רק כדי שתהנה בתו. א״כ אפילו כבר בא ליד הבעל ומתה יחזיר ונראה לפירש״ם באה״ז לשון הרא״ש דאכן ספדי שלא היה כותב לה אם היה חושש במיתות ולא תהנה עיי״ש והיינו דמש״ה לא התנה כי מיתה ל״ש ולהכי חשבינן נולד לענין נדר ביו״ד סי׳ רכ״ח סי״ב בהג״ה וא״כ לפירש״ם בהג״א פרק איזהו נשך דמחילה בטעות היכא דליכא איסור הוי מחילה מבוס דזכה מכח יאוש וכבר כתבתי לעיל סימן כ״ו ס״ב דתוספת החולקים על הג״א דס״ל דאף דבע״י טעות בא לידו הוי באיסורא בא לידו ולא מהני יאוש והיינו כגון במוכר פירות דקל דכשמיע ואביל באיסור היה ואלו היה יודע הדין היה יודע דהוא גזל משא״כ כאן דכשנתן לו חמיו מה שפסק לו ועדיין בתו קיימת היה מחויב ליתן אלא דאם היה חושש שתמות בתו היה מתנה אם תמות יחזיר לו אבל הנתינה היה בהיתר אלא דאח״כ נולד שמתה וכיון שלא התנה משום שלא עלה על דעתו כלל שתמות קודם שתהנה א״כ נתייאש וזכה הבעל במה שבידו מכח יאוש ולפ״ז לר״ת אם רק השליש אין לבעל כלום כיון דהשליש הרי עדיין לא הסיח דעתו וליכא יאוש וזה י״ל נמי כדעת ר״י שהביא בתה״ד סי׳ שכ״א עתשובת מיימני. ובסוף ספר נשים בתשובת מיימני סי׳ ל״ה. הוא מתשובות ר״מ בר ברוך שאפילו השליש הנדוניא יחזיר לאב לר״ת אך בהגמ״ר לכתובות סי׳ רפ״ז ומתשובת רמב״ב לא משמע הכי לכאורה אלא דמלשון רמ״א כאן משמע דהך דהגמ״ר ס״ל דמהני השלשת הנדוניא ולא כדעת האשוכה שברמ״א וב״כ החמ״ח בסק״י ובתוספת בפרק נערה דף מ״ז בהא שכתבו דותם לריק מיירי בהחתן מוחזק משמע דוקא מוחזק ובספר הישר לר״ת ז״ל והך ברייתא דקתני אע״פ שכתובתה בבית אביה בעלה יורשה. כשזכתה האשה בנכסים דהוחזקה וקנתה אשה קנה בעלה ולשון יורשה מוכיח כן אבל הכא כתב לה קתני ואכתי לא אתי לא לידו ולא לידה עכ״ל נראה ביאור כפל דבריו כשזכתה האשה בנכסים דהוחזקה דהרתי בעי דאם הוחזקה בלבד ולא זכתה כגון שעדיין לא נתן לה האב לפרעון הנדוניא אלא פקדון בידה וכדומה או נתן לה אביה שתתן לבעלה לפרעון הנדוניא ולא תזכה בעצמה אזי אם מתה חוזרת הנדוניא לאביה וכן אם הקנה לה הנדוניא ע״י ק״ס כגון

כגון דברים הנקנין בק"ס או מטבע אג"ק ואין לבורים כהי דזכתה מ"מ לא הוחזקה כי אין מונח ברשותה אזי ג"כ חוזר לאביה ומשום האומדנא דכיון דאומדנא ומתבטלת רק ע"י יאוש א"כ צריך שיהא מונח ברשותה שתקנה לה רשותה ועיין במרדכי פרק הגוזל בתרא סי' קפ"ט ובמרדכי ר"פ כ"ם איתא שזכתה האשה בנכסים והחזיקה ומבואר בדברי ר"ת עצמו דתרתי בעי שזכתה והחזיקה ואפשר הפוסקים שכתבו לר"ת גם אם השליש הכלן או העמיד ערבות הוי כגבה לא ראו דברי ר"ת בספר הישר ולכן צל"ע מ"ש שבו"י ח"ג סי' קכ"א בנתן שטר לחברו על מקום בביהכנ"ס גוף מהיום ופירות לאח"מ דהוי כגבה כיון דקנה הגוף ומשום דיכול למכור הגוף מיד יש הנאה לבתו עיי"ש ולפמ"ש ל"ה כגבה גם טעמו לא נראה מתה"ד סי' שכ"א שכתב הטעם דהגבהו אסח דעתו ולהשבו"י אם פסק לכלן דבר בעין הרי קנה מדר"ג וג"כ יכול למוכרו לאחר וה"ל לתוספת לתרץ הך דת"ב ותם צריך בכה"ג ולא בהגבהו דפסק לא מבואר הכי.

ב"ז שלא באו פ"א ליד החתן בב"ש לקונן סי' ע"ז סק"ה כתב בהג"מ מדמה ד"ז לדין המבואר בסי' כ"ג אם מתה בתו דא"ל ליתן הנדוניא כי לא הבטיח ליתן הנדוניא אלא שתהנה בתו כן ה"נ כשבתו אומרת מ"ע א"ל לסלק הנדוניא לפ"ז אם עדיין מונח הנדוניא בידה או ביד אביה א"ל ליתן לו והשיגו הב"ש מלשון המרדכי הנ"ל ובאמת בספר הישר לר"ת מבואר יותר דדוקא א"ל אתי לידה מועיל האומדנא אינה דוקא כשזכתה והחזיקה כמבואר בש ובמרדכי לכן דוקא כשנתן לה נדוניא בהסכמת הבעל אבל אם נתן לה הנדוניא סתם דכסבור דא"ל ליתן לחתנו ויוצא י"ח בזה ובאמת לא משכי בדאיתי במהרי"ו סי' קל"ז והובא בהג"ה לעיל ס"ס כ"ב אזי לא זכתה דהוי נתינה בטעות ובזה נכונים דברי הב"ש וגם אם נתן אביה הנדוניא לבתו שתתן לבעלה ועד שלא נתנה מתה או אמרה מאיס עלי או נגרשה יש לומר דלא זכה הבעל אף דכבר פסק הנדוניא בשעת קידושין או נשואין ונקנה מדר"ג ובחוב ופקדון תן כזכי מ"מ י"ל לענין לבטל האומדנא תן לאו כזכי דהא מבואר בחו"מ סי' קכ"ה ס"ה בסמ"ע וש"ך דבחוב שכבר מגיע לזה שנשלח לו בקל יכול השליח לזכות בשבילו משא"כ במתנה דבא עכשיו לזכות בממון שלא היה שלו מעולם מש"ה בעינן לשון מעילה שיהא מבורר טפי עכ"ל וא"כ בנדן שפסק דאומדנא דלא פסק רק אדעתא שתהנה בתו ולא קיבל עליו ליתן לחתנו שיהא לו לבדו וכשנותנו ליד חתנו אזי גומר ומקנה לחתנו אפילו לא תהנה בתו א"כ לענין זה הוי מתנה חדשה ולא הוי תן כזכי שיחשב כאלו בא ליד החתן וגם בזה נ"ל דזכתה האשה ומה שקנתה קנה בעלה דהא לא נתן האב שהזכה לעצמה אלא שתתן לבעלה דהא פסק נדוניא ובעלה כתב כתובה על נדוניא דהכנסת ליה א"כ צריך דוקא שיתן הנדוניא ליד הבעל וסתמא הכי הוא לכן שפיר כתב הב"ש דאם הנדוניא בידה ומתה או אומרת מ"ע חוזר הנדוניא לאב משא"כ ר"ת דכתב דזכתה האשה ומה שקנתה קנה בעלה ע"כ דלה לבדה נתן ולא שתתן לבעלה וסתמא איירי בהכי כיון דקתני בהך ברייתא במסרה האב לשלוחו בעלה ואם נתן לה הנדוניא שתתן לבעלה היתה מוצלה עמה הנדוניא ומאי בעי בבית אביה ומה שאמרה הברייתא' דכתובתה בבית אביה שהסכים הבעל לזה וקיבל בכתובתה ומשום דזה דחוק לומר דאיירי הברייתא' בהכי דאטו בשופטני שיסכים הבעל שישאר הנדוניא אצלה ויהא יתן לה כתובה כנגד ויכתוב דהכנסת ליה לכן תירצו בתוספת תירוץ אחר דהברייתא' ר' נתן הוא אף דגם זה דחוק לאוקים כיחידאה ודלא כהלכתא אבל הב"ש דאמר דהכלן בידה שאני דמלתא דנתן לה אביה ע"י הסכמת הבעל באופן שתתן הכלן אח"כ לידו או דאביה נתן לו סתם ומ"מ אם ע"ד שתחזיק לה הכלן ולא תתן לו הוי נתינה בטעות כמ"ש לעיל דהא האב רוצה לפטור בזה ממה שפסק לחתנו ואינו נפטר זולת אם תתן לבעלה ואם נתן לה האב ע"ד שתתן לבעלה הרי לא זכתה האשה ול"ל מה שקנתה קנה בעלה וגם לא הבוא כהגיע ליד בעלה משום תן כזכי וכמ"ש ובשו"ת פנים מאירות ח"ב סי' קמ"ד כתב דתוספת פליגי עם המרדכי לענין אם הנדוניא ביד הבת ומדלא תרצו הברייתא הכי ואינו מוכרח.

א"ב באו ליד שליש במרדכי איתי' יחלוקו וכ"כ בתה"ד ומהרדכי ומספ"ל למרדכי אי חשיב כגבה הבעל דאזי אומדנא דדעתא שהשיא האב דעתו מן הממון יגמור והקנה והקשה ימ"ש הרא"ש פמ"ב גבי שכ"מ שהקדיש כל נכסיו או הפקיר או חלק לעניים דסלקא דעתיקו אי עמד חוזר וכתב הרא"ש כיון דמכח אומדנא באנו לבטל המתנה בעינן אומדנא ודאי וכיון דכספק דעתיקו אינו אומדנא ודאי והוכיח כן מן התלמוד וא"כ ה"נ דלר"ת באנו לבטל המתנה מכח אומדנא דלא פסק רק ע"ד שתהנה בתו ולמה יחלוקו מספק והניח בצ"ע ואפשר מש"ה לא כתב רמ"א דיחלוקו אמנם י"ל דשאני שכ"מ דתק"ח דמועיל דיבורו שלא תטרוף דעתו ורק מכח אומדנא אי עמד חוזר והל"ל דברים שבלב ל"ה דברים כיון שלא התנה בפירש רק כל היכא דאיכא אומדנא דאנן סהדי על דברים שבלבו הוי כהתנה בפירש לכן היכא דיש ספק ממילא דברים שבלב אינן דברים אבל הכא כשפסק ודאי יש אומדנא לר"ת דרק ע"ד שתהנה בתו פסק והוי כהתנה בפיו אלא כשהשליש אח"כ יש ספק אם אסח דעתו וגמר ומקנה וביטל האומדנא דמעיקרא א"כ הל"ל אפכא דהוי מחילה בלב שכאמר דמחל התנאי ול"ל כיון דהספק על שעת מעשה מהני מחילה בלב כמ"ש בנתיבות בסי' י"ב ס"ח ובמ"ש בערך ש"י שם אבל להיפך ל"ל דהוי דברים שבלב א"ל ביטל ומחל האומדנא כיון דכבר קדמה אומדנא ודאי כשפסק טרם שהשליש ואפילו השליש סמוך לקידושין או לנשואין וא"ל נפסיקה ראשונה די"ל בשעת שלישות גמר ומקנה מ"מ מה שהשליש לא הוי קנין במקום אחר כשלא אמר לשליש זכה בשביל המקבל כדאיתא ברשב"א שבב"י ס"ס כ"ו הובא בנתיבות סימן ר"ז סק"ז והוא בתולדות אדם סי' ל"ע ואף דנתיבות שם כתב דדוקא במתנה דתן לאו כזכי מ"מ ה"נ במ"כ אם באת מכח פסיקה דמעיקרא הרי אז היה אומדנא וכהתנה בפירש ועתה רק כמחילה על התנאי ואם באת מכח השלישות עצמו דזה יהא כפסיקה חדשה א"כ תן לאו כזכי ומפרש לפמ"ש לעיל בסמוך דלענין זה שיהא של הבעל אפילו לא תהנה בתו דינו כמתנה ותן לאו כזכי ואין לומר דשאני הכא כיון דא"ל קנין דסמוך לקידושין או לנשואין קני מדרב גידל באמירה בעלמא ממילא א"ל לומר זכה כיון דמשליש כדי ליתן להחתן אחר איזה זמן ממילא נקנה באמירה דזה אינו דהא דנקנה באמירה משום דאמדו חכז"ל דעתו דגמר ומקנה בכל לבו איידי דמתחתנו אהדדי א"כ צריך שיהא ודאי שבלבו גמר ומקנה כיון שהאמירה והשלישות אינו קנין וכיון שיש לנו ספק על דעתו אי גמר ומקנה

ומקנה בלבו עכשיו אפילו לא תהנה בהו אי אפשר לקנות מדרב גידל בודאי.

בפ"ת סק"ה השיג על הבגדי ישע שכתב דיש ט"ס ברמ"א וצ"ל זכה החצי דלא מצינו בשום פוסק דיזכה בכולו דהא מבואר בהגמ"ר בשם תשובת מהר"ם דאם הקנה לו נדוניתה ע"י משכנות מונחים ביד נאמן זכה ופשיטא דבנתן גוף המעות ביד נאמן עדיף ממשכנות עיי"ש ולא נראה דהקנה לו נדוניתה ע"י משכנות ר"ל דאמר להנאמן זכה לחתני באותן משכנות דאל"כ מאי הקנה הל"ל דנתן משכנות ביד נאמן ובזה א"ש דהא בשו"ת מיימוני סי' ל"ה לסדר נשים ג"כ תשובת מהר"ם וכתב שם דמה שהניח הנדוניא ביד נאמן לא מהני ואף די"ל בלא"ה כמו שחילק מהרי"ל סי' ס"ד הובא כאן בב"ש מ"מ לפמ"ש החילוק מבואר במ"ש דהקנה.

וזקפן במלוה עכ"פ דהוי ק"ס ובדרישת אחרי כתב דהוי ק"ס מש"ה דהספק אם כרש"י הלכה היינו דליכא אומדנא וספק שני אם כהש"ג בזקפן נמי ליכא אומדנא זולת אם קצת נדוניא לא זקיף במלוה דאז ספק ראשון מוציא יותר מהשני הוי שפיר ק"ס את"ד ואינו נכון דא"כ שיתיר ספק אחד יותר דוקא בנידון שדנין עליו אלא אפילו כ"מ בענין אחר כגון הכא דלרש"י אפילו אם לא זקף כלל ליכא אומדנא ולש"ג כאן בזקף ליכא אומדנא תו ל"ה ספק אחד וכן מוכח בשו"ת מהרי"ט חו"מ סי' מ"ז וסי' ס"ז והאי כללא דשם אחד הידוע ותמהו בתראי עלה טובא והוא בא להוסיף.

בהגמ"ר לכתובות סי' רפ"ה תשובת מהר"ם ב"ב כתב סברת ר"ת דאוקי ממונא בחזקת מריה דהיינו האב וכו' והאב נו"נ בנדונית חתנו לפי שנתרצו שניהם להרויח לטובת חתנו כבר זכה בו חתנו לפי בגמר בלבו להקנותו לפי שאלו הן דברים הנקנין באמירה את"ד ויל"ד דהא כל פסיקה שבשעת קידושין ונשואין נקנה באמירה ומ"מ לר"ת כשמתה בתו א"צ ליתן ואם משום שנו"נ להרויח לחתנו מה צורך לטעם דנקנין באמירה ונראה דאיתא בחו"מ סי' קפ"ג הובא בש"ך סק"ג בשם ר"י דאם הקנה במעותיו ומתכוין לזכות לחברו לק"ה וכתב הש"ך דאם א"ל זיל זבין לי קנה דכמאן דאפיכנהו דמי וכתבו מה"א וכה"מ משום דכשהוציא המעות נתחייב לו המשלח והשיב מעותיו וקנה המשלח והנה זה נ"ל הכא דלא אמר חתנו לחמיו שילוה לו מעות ויתחייב לשלם לו לכן נ"ל שהן דברים שנקנין באמירה א"כ יש לחתן מעות הפסיקה אצל חמיו וכיון שאמר לחמיו הוא או אביו שיקנה לו סחורה להרויח בעדו מיד שקנה חמיו סחורה קנה חתנו דהוי חמיו שלוחו כמ"ש בח"מ בר"ס קע"ו בשיש לו הלואה אצל חברו ואמר לו יהיו בידך למחצית שכר כיון שקנה סחורה נקנה הסחורה למלוה עיי"ש ובסחורה זו ל"ש לומר אוקי ממונא בחזקת מריה דמעולם לא היה של חמיו ומיד שקנה נקנה לחתנו והוי כאלו חתנו הפקידן בידו ולפ"ז אפילו מה שאמר לו חתנו שישא ויתן בנדן שלו שיש אחר הנשואין רק פסיקת הנדן היה סמוך לנשואין או לקידושין ג"כ זכה חתנו אפילו מתה א"כ אשתו ובשו"ת רמ"א סי' פ"ט לא הבין כן והנלע"ד כתבתי ואפשר מ"ש מהר"ם שם שהעמיד האב לחתן ע"ק היינו לפמ"ש בערך ש"י על חו"מ ריש סי' קע"ו די"ל מה שנתרצה לוה שישאר בידו למחצית שכר אמר רק לאשמועי ופטורי מילי לכן ה"נ דוקא אם העמיד לו ע"ק גם על מה שירויח דתו ל"ל פטורי מילי דע"כ איירי בקנין דאל"כ כיון שאינו בשעת מת"נ ל"מ הערבות.

תוך שנה ראשונה בספר הישר לר"ת סי' תקע"ט איתא ורצינו שנה ראשונה לדבר זה ולא יותר כי אחרי שנתו נשכח מן הלב מה שנתן ולא יוסיף עליה צוה עכ"ל נ"ל דיצא לו זה דאחר שנה נשכח מפרק הרואה דף נ"ח ע"ב אריב"ל הרואה חברו לאחר יב"ח אומר ברוך מחיה המתים א"ר אין המת משתכח מן הלב עד לאחר יב"ח שנאמר נשכחתי כמת מלב הייתי ככלי אובד ופרש"י סתם כלי לאחר יב"ח משתכח מן הלב דיאוש בעלים לאחר יב"ח בפרק א"מ דכ"ח מי שמצא כלי או שום מציאה חייב להכריז יב"ח ושוב א"צ להכריז עיי"ש וביו"ד סי' שצ"א מבואר דאינו חייב להתאבל על או"א יותר מיב"ח אף בשנת העיבור ודייק לה הראבי"ה ברא"ש פרק אלו מגלחין מדקתני יב"ח ולא שנה ויל"ע לפמ"ש רש"י בפרק הרואה שם דיאוש בעלים לאחר יב"ח ומדאינו מכריז רק שלש רגלים אם מצא אחר סכות דא"כ שנת העיבור הוי יג"ח אלא דקשה נמי לאידך גיסא דאם מצא לפני חג סכות דמכריז סכות פסח עצרת ליכא יב"ח וכן אם מצא בניסן וצ"ל דמ"מ רגל רביעי הוא כבר אחר יב"ח ומ"מ קשה דא"כ אם מצא תיכף אחר סכות ונתעברה השנה לא יכריז רק פסח ועצרת דהא רגל שלישי יהא אחר יב"ח וצ"ל דלא פלוג בתקנתם וכיון דרוב שנים אינם מעוברים וצריך להכריז שלשה רגלים לכן גם בשנת עיבור יכריז ש"ר וא"ל כיון דאחר יב"ח נתייאש למה יכריז ברגל שלישי אחר יב"ח ויחזיר בחנם דזה אינו דהא באיסור בא לידו קודם יאוש ול"מ יאוש וזו יל"ד לפרש"י מאי הועיל דבי"ב חודש נתייאש הא באיסורא בא לידו וצ"ל משום דרש"י קאי על מימרא דרב והוא ס"ל במרובה דף ס"ו ע"ב דיאוש קונה אף בגנב וא"כ לדידן ע"כ צ"ל ה"ט דיאוש ועוד הא אפשר לא ידע בעל אבדה לפני ההכרזה של שלש רגלים שאבד כלל כדאיתא בב"מ דף כ"ח כדי שילך לביתו ג' ויחזור וא"כ הוי יאל"מ דקיי"ל דאינו יאוש ועכצ"ל ט"א וכמ"ש באו"ז לב"מ דעד ג"פ יש לומר דחולה או אנוס היה ולא עלה לרגל וגם בת"ה שם כתב דבג"פ חזקה נשמע לו מההכרזה והר"י בברכות שם לא כתבו רק דביב"ח מתייאש ולא הביאו הראיה מהכרזות ג' רגלים ובאו"ז ב"מ דף כ"ד ע"ב כתב דילפינן דאחר יב"ח מייאש דכתיב נשכחתי כמת מלב הייתי ככלי אובד ומקיש כלי אובד למת דמתייאש ומשתכח אחר יב"ח ועכ"פ מדמבואר בגמרא לשון יב"ח ולא שנה ש"מ דאין חדש העיבור בכלל ואפשר מה"ט א"צ להתאבל על או"א חדש העיבור רק יב"ח כיון דגזרו שישתכח מן הלב אחר יב"ח אלא דאפשר הטעם משום דדין גיהנם רק יב"ח ועכ"פ מוכח מזה דתקנת ר"ת ג"כ רק יב"ח דז"ל בתר טעמא ובשו"ת מהרי"ו סי' ס"ח כתב דחדש העיבור בכלל מדכתיב בלשון התקנה אם מתה תוך שנה כמ"ש בתוספתא בפרק כ"ש מ"ז ע"ב ובשו"ת מהרמב"ב סי' הקל"ד וסתם שנה גם חדש עיבור בכלל דהא באבלות או"א פסק מהר"ם דא"צ להתאבל אלא יב"ח מדלא נקט שנה משמע אי הוה נקט שנה היה צריך להתאבל חדש העיבור ובמיימוני פסק כ"ד חדש דתינוק בלא חדש העיבור מדלא נקט שתי שנים עיי"ש ולע"ד אינו ראיה דבשלמא אי היה יכול לומר שנה ואמר יב"ח יש ראיה כיון דהיה יכול לקצר למה יאריך אבל להיפך י"ל דלא רצה להאריך ובאמת בספר הישר לר"ת מבואר בלשון התקנה יב"ח וע"כ מה דנקט לבסוף

לבסוף שנה קילר ומרע דכבר פירש יב"ח עוד כתב מהרי"ו ראיה מדתנן פרק השואל דף ק"ב המשכיר בית לחברו לשנה ונתעברה השנה נתעברה לשוכר ובנדרים דף ס"ג קונם יין שאני טועם השנה אסור נמי בעיבורה והשבו"י ח"ב סי' קכ"ה דחה דבשוכר י"ל משום דהשוכר מוחזק ועומד בקרקע ובנדר אזלינן להחמיר עיי"ש ולא נראה דהא בכל ספק אמרינן קרקע בחזקת משכיר וכדאיתי' בב"מ שם ובחו"מ סי' ש"ב וכ"כ בטו"ז שם ואפשר לומר כהי דדינא קרקע בחזקת משכיר מ"מ הרי משכיר זה הבנים השוכר להבית וכיסלגמו יב"ח יהא צריך להוציאו מדירתו שעומד בה השוכר בדינא ודיינא ולא מחית איניש נפשו לספיקא שיהא נריך לילך לב"ד כדאיתי' בקידושין דף ס"ד ע"ב במשנה ורש"י שם אע"כ דהשכים המשכיר בדעתו שאם תתעבר השנה יהא לשוכר דאל"כ היה מתנה להדיא.

אמנם א"ל נזה דהכי בפירש הר"ן בנדרים דף ס"ג הביא מהרשב"א דשנה סתם רק יב"ח ולא חדש העיבור והביא ראיה מערכין דף ל"ה דאמר שם כיון דכתיב שנה תמימה להביא חדש העיבור ודחה הר"ן דשאני תמאי שבין אדם לחברו דאם היה תנאי בין מוכר ללוקח א"ל תגאל מיום זה לשנה האחרת יהא חלוט הוה נמי חדש העיבור בכלל וא"כ ריצויא אבל הא דכתיב שנה תמימה אין מוכר ולוקח מתכין כלל אלא תורה הוא שפסקה הכי זמן בכל השנים שא"ל יגאל עד שנה יהא נחלט לכך אם לאו רבויא ה"א דתורה זמן אחד פסקה לכל הלוקחין דהיינו יב"ח דהוי שנה ברוב שנים עיי"ש ונראה טעמו דמוכר ולוקח או משכיר ושוכר כשמתנין כונתם על שנה אחת הבאה עכשיו והרי אותה שנה נתעברה ול"ל דכונתם על יב"ח כרוב שנים דאין מתנין רק על שנה הסמוכה וא"כ אין ראיה ממשכיר דנתעברה לשוכר ואדרבה ראיה מדצריך בבתי ע"ח רבויא ש"מ דסתם שנה רק יב"ח וה"נ פסקה התקנה זמן אחד לכל הנשואות דהיינו יב"ח ברוב שנים.

והמאירי בנדרים דף סו"ך פסק כהרשב"א דשנה סתם אין עיבור בכלל הן בנדר הן לענין משכיר בית לשנה אם לא אמר לשנה בפתח ועומד ב"ה דהוי כשנה זו וא"כ לענין ¯ תקנה דכל ספק בתקנה מעמידין על הדין ומכ"ם כאן שבא להוציא מהבעל איך נוציא מספק בלשון אח"כ ראיתי ברעד"ס תא"ע שאלה קכ"ה הביא ג"כ דברי הר"ן ועוד ראיה מהגמ"י דקידושין והוא בסי' תקס"ז עוד כתב שם דאין ראיה מהראב"י שכתב בשנה מעוברת א"ל להתאבל על או"א בחדש העיבור כיון דאמרו יב"ח ולא אמרו שנה דמשמע א' הוי אמרו שנה היה יג"ח די"ל שב"כ נרווחא דמלתא דהשתא ליכא לספוקי ולמטעי כלל והשבו"י כתב דכ"מ למ"ד ספק אבלות לחומרא ומאי הוה אמרו שנה הוי לחומרא ולי נראה דכ"מ דאי הוה אמרי שנה דמשמע הכי ומשמע הכי כהי דהוה ספק אבלות לקולא מ"מ אם היה עוד ספק אם כלו היב"ח דאי הוה ס"ס לכן הוכיח מדאמרו יב"ח ליכא ספק לכן אם יסופק אם כלו היב"ח ספקו לקולא.

ומהרי"ק בשרש קנ"א ז"ל כתב רא"ן להכי נהגו הראשונים כשיולא אדם מיישובו יב"ח שאבד חזקתו כי כשם שקונה אותו ביב"ח כך מאבד זכותו ביב"ח כשיולא משם ומתיישב במק"א וכיון שמאבד זכות יישובו כשהפקירו וילא ממנו הרי הוא כשאר כל אדם וא"י לחזור שם בלא התרה אבל אם אין מפקירו ודעתו לחזור כגון שנותן מקים עם הקהל אפילו שהה כמה שנים לא אבד את יישובו וכו' אבל אם מתיישב במק"א עם ב"ב בשנה אחת אבד את יישובו הראשון כך נהגו הראשונים ומנהג תורה. עכ"ל והנה אף דקיים שנה אחת עכל"ל ג"כ יב"ח בלא חדש העיבור דהא לא נקיט מ"ם תחלה ג"פ יב"ח ומה שאמר לבסוף שנה ועוד הא אמר כשם שקונה אותו ביב"ח דהיינו מה דאיתי' במשנה פ"ק דב"ב כמה יהא בעיר ויהא כבני העיר יב"ח וכ"כ כל הפוסקים יב"ח ולא הזכר שנה וע"כ מה שאמר לבסוף שנה נמי רק יב"ח ומשום דביב"ח אקפ דעתו מיישובו הראשון וגם הא דקונה אותו ביב"ח משום דאקפ דעתו ממקום שהיה לפני זה וכ"כ רמ"א בהג"ה חו"מ ס"ס קס"י וז"ל נהגו הקדמונים שאם אחד נסע מן העיר יב"ח וגילה דעתו שאין דעתו לחזור אבד חזקתו אבל אם לא גילה בדעתו בכך לא אבד חזקתו עד ג"ש ואם גילה שדעתו לחזור לא אבד חזקתו אפילו בג"ש מהרי"ק וי"א דאפילו בסתם לא אבד חזקתו עכ"ל והרי הרמ"א לא נקט כלל שנה רק יב"ח וראיתי בשו"ת אמונת שמואל שאלה מ"ב תמה על הרמ"א דכתב דבסתם לא אבד חזקתו עד ג"ש ובלשון הרא"ן מוכח דגם בסתם אבד חזקתו ביב"ח דהא כתב כשם שקונה ביב"ח וגם כתב רק אם נתן מסים לא אבד חזקתו עיי"ש ונראה משום דהרא"ן מיירי שהיה חרם שלא להתיישב בעיר מי שאין לו חזקה בלא התרה כמבואר במהרי"ק שם לכן בסתם חרמים להחמיר כדאית' בנדרים וביו"ד סי' ר"ה ע"כ ה"כ בסתם דהוי ספק וגם אפשר דבעלמו מסופק כי ילא סתם אדעתא שיראה איך יפול הדבר ואפילו יטעון ברי שהיה דעתו לחזור אינו נאמן חדא כיון דלא חזר תוך יב"ח קתמא לא היה תו דעתו לחזור ועכשיו נמלך ואפילו בספק שקול י"ל דלא מהימן נגד חרם כיון שנוגע בינו בין בני העיר וכמ"ם הש"ך יו"ד סי' רל"ב סעיף י"ב ס"ק כ"ה כה"ג אבל רמ"א דלא הזכיר רק מנהג סתם לכן מספק אין להוציא מחזקתו דאפילו כשהרבה המנהג ממקומות אחרים שישבו הקדמונים ושם היה חרם מ"מ כיון שלא נגזר החרם על מדינה שלנו ואין המנהג משום חשש איסור דאורייתי' לכן ספקו לקולא כמ"ש בד"מ והובא בב"ש לעיל סי' א' סעיף י"ד ס"ק כ"א לענין חדרגמ"ה לכן גם הקנת ר"ת וק"יעתיה אף שהיה בחרם מ"מ לא גזר רק על המקומות הנזכרים בספר הישר לר"ת סי' תקע"ט ובשו"ת מהר"ם ב"ב סי' תתקנ"ד ומהם כשתרבה המנהג למדינות אחרות וא"כ אינו רק מנהג וספקו לקולא לנהבע ולאסיות כי אין דעתו מכרעת ולכן עכ"פ יבלעו תמימים אפילו בע"כ של בע"ד ובשו"ת יד אליהו סי' ע"ז מסיק כמי דלענין חדש העיבור יכול הבעל דמוחזק לומר קים לי ושם סי' ע"ח כתב דליכא בזה חשש משום ספק חרם ועיין כנה"ג סימן ק"ח בהגהות ב"י אות ל"ה שכמה גדולים הסכימו לרעד"ס לענין חדש העיבור דאין להוציא מהבעל ועיי"ש עוד אות מ"ב.

וכן המנהג פשוט בשו"ת תשובה מאהבה ח"ר סימן פ"ז כתב דלפי תקנת שו"ם אחרי מות הבת משיגיע ממון בהורה לאב מחויב לעשר מחדש כי הוא ריוח חדש דע"כ מתייאש דאין אדם יושב ומלפה מתי תמות בתו ויבא הכדן לידו את"ד ולדידי ל"ע כהי דגם אני כתבתי למעלה דמסילוק הנדן ל"ד החתן מתייאש מ"מ אחר תקנת ר"ת ושו"ס להחזיר אם מתה בתו וי"א בסוף הג"ה דיכולין היורשין לעכב שלא ימכור מהנכסים ועכ"פ כ"ז שהנדן בעין אגיר

אגיד גבי אב אף דנתייאש מ״מ הפקיעו הגאונים קנייני שלא יזכה עד אחר שנה ושנתיים ולא יהא אלא מנהג מ״מ כמו דסיטומתא הוי קנין משום המנהג שנהגו לקנות כן להיפך אינו קונה אם המנהג שלא לקנות כמ״ש בית מאיר לעיל סימן כ׳ ס״ו ואיתא בקצוה״ח סימן ת״ה ובנתיבות סי׳ רס״ב דבי״י יאוש לא יצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה והכריחו כן מהש״ס א״כ כיון דהבעל לא זכה ממילא לא יצא מרשות האב ואינו ריוח אדם וא״ל לעשר כמו אם כאבד לו בביתו ממון ונתייאש וא״כ כמצא הממון בביתו דודאי גם הת״מ מודה דא״ל לעשר כיון דלא יצא מרשותו לעולם ה״נ אף דהכדן או הליפיו ברשות הבעל מ״מ כיון דלא זכה בו תוך שנה לר״ת והאלי בשנה שניה לנוהגין בתקנת שו״ם א״כ בכ״מ שהוא ברשות האב הוא וכמופקד ביד הבעל וכיון דהת״מ לא הביא ראיה לזה רק מסברא דנפשו אמרו ומעשר כספים אינו מדאורייתא רק מנהגא או מד״ס כאשר האריך בת״מ שם ובאר אחרונים כ״ל דבכגון זו א״ל לעשר ועיין ביו״ד ריש סימן קע״ד היכי דמכר לו שדה והתנה לכשיהיו לי מעות תחזיר לי השדה אם. אכל לוקח הפירות ואה״כ החזיר לו המעות הוי רבית קצוצה דלא קנה השדה והוי רק הלואה עיי״ש בחידושי רע״ק מה שהביא מהריב״ש סימן ש״ה וסימן תס״ד וא״כ ה״נ כשמתה הבת נתגלה למפרע דלא זכה הבעל במה שנשאר מהנדן וא״כ בי״י יאוש האב לא יצא עדיין מרשותו כיון דלא אתי לרשות זוכה וכ״ש לענין מעשר כספים דדרבנן קי״ל יש ברירה והוברר למפרע דמתה הבת ולא זכה הבעל תדע דהת״מ עלמי לא אמר כיון דכבר קנה הבעל הנדן משעה שקבלו רק כשמתה הבת מחויב להחזיר יהא ריוח חדש דלא הפקיעו מהבעל זכותו בהנדן למפרע רק מכאן ולהבא אלא בא הת״מ מחמת יאוש הרי מודה דלא זכה למפרע רק האב כתייאש והרי כיון דלא זכה הבעל גם ביאוש לא יצא מן רשות האב וכמ״ש ולכאורה י״ל כיון דמלי הבעל בחיי אשתו לאבול ולהוליא כל הנדוניא א״כ מה שצריך להחזיר אם נשאר בנין מכאן ולהבא גיבה האב כמי בפקדים דף ל״ה דב״ה מכאן ולהבא גובה כיון דמלי לוה לסלוקי בזוזי וכן בפ״ק דף וא״ו שם כלל״ק בבהמת ארנונא כיון דמלי לסלוקי למלך בזוזי הייבת בבכורה וה״נ אפקעתא דתקנת שו״ס לא עדיף מאפקעתא דמלכא ולא הפקיעו למפרע רק מכאן ולהבא א״כ הוי ריוח חדש לאב אפילו בלאו טעם דיאוש אמנם אכן קי״ל ביו״ד סימן ש״כ אף דמלי לסלק למלך בזוזי פטורה מן הבכורה וגם כלל״ק בפסחים חלקו בתוס׳ אם דהיכא דמתחלה הוי של גוי אף דמלי לסלוקי בזוזי עדיין לא יצא מרשות בעלים ראשונים וה״נ כיון דמתחלה היה של האב ואם לא הוליא הבעל הנדן ומתה אשתו חוזר לאב עדיין לא יצא מרשות האב:

סימן נ״ה

ס״א אסורה לבעלה מד״ס וכתב הה״מ רפ״י מה״א ראיה ממנהג יהודא שמייחדין אותם לפני החופה ואם היתה אסורה מה״ת לא היה מותר להתייחד עמה והקשה ב״א מפ״ק דכתובות דף ז׳ ע״ן דמברכין ברכת חתנים ביהודא בבית אירוסין מפני שמתייחדין ש״מ אף לאיסור דרבנן חששו וכ״ל לפימ״ש הרע״ב בפ״ג דעירובין משנה ג׳ אהא דכתנו ו במגדל ואבד המפתח דלת״ק הר״ז ערוב ולר״א אינו ערוב כגון שהמנעל קשור בחבל. דלריך סכין לחתכו ומקלקל אינו רק שבות ולא גזרו ביה״ש ור״א סבר דאין כלי כיעל שלא לצורך תשמישו המיוחד לו לחתוך האוכלים ובתרתי שבותים גזרו. גם ביה״ש ומוכח בש״ס שם דף ל״ה דת״ק נמי ס״ל דבתרתי שבותים גזרו רק דלת״ק ס״ל דכלי כיעל גם שלא לצורך תשמישו ובשו״ת שע״א שאלה כ״ו ובלאס השמים בעירובין שם הקשו מגישא דהך משנה דכתנו באילן למטה מיו״ד טפחים הר״ז עירוב אף דים נמי שתי שבותים דמשתמש באילן ומוליא מכרמלית לר״ה ותרלו דהאילן עומד בכרמלית וכדחקו במאי דאמר בגמרא לעולם דקאי בר״ה ולי כראה דדוקא שני שבותים ביחד גזרו כגון לחתוך החבל בסכין דבשעת החתוך מטלטל הסכין נמי אבל הא דמשתמש באילן ומוליא בכרמלית לר״ה אינם בבת אחת דכשעומד באילן עדיין אינו מוליא רק כשיורד מן האילן מוליא א״כ כל חד שבות בפ״ע ל״ג ביה״ש ועכ״פ על שני שבותים ביחד גזרו גם ביה״ש כאלו הוא איסור תורה לכן מברכים ב״ח דלא ישאר רק חד איסור דרבנן דמחוסרת חופה ובחד איסור דרבנן דמחוסרת חופה ובחד איסור דרבנן לא גזרו על היחוד ומיושב קושית החמ״ה סק״ב וב״ש סק״א.

ס״ה בהג״ה וה״ה אם נשאה כתב החמ״ה כלומר שהכדן בבית אביה משמע דס״ל אפילו מתה כמה שנים אחר נשואין כיון דעדיין הכדוניא בבית האב ואין הבעל יורשה כסברת ר״ת אינו חייב לקוברה ובאמת לא נזכר זה במהרי״ל וד״מ אלא בשנת החזרה דהפקיעו ירושתה אבל מלד הדין דר״ת דלא כתב לה אלא ע״מ שתשכה בתו הוי כאלו לא פסק דאדעתא דהכי לא נתחייב האב ואין בזה הפקעת ירושה א״כ הא איתא לקמן סימן פ״ט דאפילו הכניסה ערומה חייב בקבורתה כיון דיורש ביש לו לא פלוג כמ״ש בתשובת מהרי״ל הביאו הב״ש שם עכ״ל המקנה בקו״א ולפימ״ש במל״מ רפ״ו מה״ז בביאור דברי תוס׳ בפרק נערה דף מ״ז ע״ב דאומדנא לא מהני כשיש דעת אחרת אם יש פסידא להאחר דל״ד לכתב לארוסה דאמרינן אומדנא שנ״כ אלא ע״ד לכונסה כיון דלא מפסדת מידי ואם ימות ולא יתנו לה התוס׳ חזרה נשיות כדמעיקרא עיי״ש וא״כ כיון דקבורתה תחת ירושתה ואם מחויב לקוברה הרי מפסיד הבעל ואינו כדמעיקרא ולמה יועיל האומדנא וא״כ לר״ת עכל״ל כהחמ״ה ול״ד לכנסה ערומה דאין האב מרויח במיתתה משא״כ בפסק לה נדוניא מרויח במיתתה דנפטר מליתן הנדוניא.

ועוד כיון דאכן קהדי דלא פסק רק ע״מ שתשכה בתו ואם יתחייב הבעל לקוברה לא יועיל האומדנא והפסיקה יותר מהוצאות הקבורה אכן קהדי דניחא לאב שישאר עליו חיוב הקבורה דעל כרחך בהכי איירי כהחמ״ה דאם דמי הקבורה יותר מהפסיקה ל״ל אומדנא דלא פסק וישאר עליו הוצאות הקבורה וכיון דנשאר חיוב הקבורה על האב מחמת האומדנא אינו דומה לכנסה ערומה דהכא האב רולה בזה והוי כאומר א״ת בתק״ח שתקנו לפוטרני דעי״ז יחויב מה שפסק ואף דלקמן סימן ס״ט ס״ה איתא דכמו בפרקונה דתקנו תחת פירות אין אחד מהם י״ל שלא יאכל פירות ולא יפדנה כן בירושה וקבורה אין אחד מהם י״ל שלא יקבר ולא יירש אלא קובר ויורש הא מבואר בבית יעקב שם עפימ״ש בתוספת

פרק נערה מ"ז ע"ב לענין פירות כיון דבכר זכה בהן הבעל דידו כידה וה"נ ירושה דכדוכיא דבעל כלוקח הוא ותכף זכה בהם בשעת נשואין כשנמסרתה לידו וקבורתה תחת נכ"ב הוא ומש"ה אינו יכול לומר את"ד ובתוס' שם ובב"ל דף מ"ט ע"ב בד"ה יכולה כתבו עוד שני טעמים בפרקונה חדא שלא תטמע בין הגוים ועוד כיון דפירות של כל ימי חייה תחת פרקונה אי אפשר לעקור לגמרי תק"ח והנהו טעמי לא שייכי כאן דלא מיעקר לגמרי תק"ח דהא אם שילם הכדן לפני מיתתה חייב הבעל בקבורתה ויורש אותה וגם אין לחוש שלא תבא לקבורה דהא הכדן בבית אביה והוא מחויב לקוברה וגם עדיין לא זכה הבעל דלא בא עדיין הכדן ליד הבעל ול"ל ידו כידה ואף דהסמ"ח לקמן סימן ס"ט סק"ט כתב השום דכתובת שניהם תקנו אין שום אחד י"ל א"א בתקיה למנוע טובת שני ונ"מ הכא האב א"ל ליתן מה שפסק דמוחזק וי"ל קי"ל כטעמים שכתבו התוס' בפרקונה ממילא אין לחייב הבעל לקוברה די"ל מ"מ אם כטעם הר"ן דא"י לומר א"א בתק"ח א"כ מפסיד ומחייב האב ליתן לו מה שפסק ואם כטעמי התוס' א"כ על האב מוטל לקוברה.

ס"ן עיקר כתובתה ונכ"ח זה דעת הרמב"ם ובסוטה דף כ"ד ארוסה וש"י לא שותה ולא נוטלת כתובתה ובסיפא שם מתו בעליהן עד שלא שתו ס"ל לב"ש דנוטלת כתובה משום דשטר העומד לגבות כגבוי דמי ופריך ירושלמי למה לא פליגי ב"ש בארוסה דתטול כתובה ובגיטין דף ל"ז מבואר דגם לב"ש הא דשטר דוקא כשיש בו שעבוד נכסי כגבוי דמי אם כן מה פריך הירושלמי לרמב"ם דארוסה לא טרפה ממשעבדי את"ד ישיע"ק.

ונ"ל הא דארוסה אינו גובה ממשעבדי דברמב"ם פי"א ממכירה מבואר שכל האומר אם יהיה אם לא יהיה לא גמר והקנה שהרי דעתו עדיין סומכת שמא יהיה שמא לא יהי' והא דכתב שם אם אמר קנה ונכסיו אינו אסמכתא כתב בש הכס"מ סוף ה"ז הא דמהני קנין ונכסיו ולא הוה אסמכתא להרמב"ם היינו כשייחד לו קרקע אי מטלטלין ידוע אבל אם אמר לתת לו מטלטלין או מעות לאו כלום הוא לפיכך כתב הרמב"ם כיצד אם באתי עד יום פלוני קנה בית זה ללמדינו דדבר מסוים וידוע בעינן עוד מבואר ברמב"ם שם אם החזיק למקבל בהבית לפני קיום התנאי אינו אסמכתא וכן אם אחזיר בי ערבוני מחול לך אינו אסמכתא שהוא בידו ומעתה צריך להבין איך יועיל חיוב כתובה מה שאינו מד"ת ולא מתק"ח רק מחייב את עצמו שהוא רק על ספק אם יגרשה או תתאלמן בשלמא תוס' כתובה בנשואה י"ל משום חיבת ביאה גמר ומקנה וכדאמר רא"ע של"כ לה אלא ע"מ לכונסה ובירושלמי ר"פ אעפ"י ס"ל דאינו יכול להתחייב חיוב הנס בשטר ופריך א"כ תוס' כתובה מה אהני ומשני משום חיבת ביאה גמר ומקנה או אפשר משום שכן המנהג ומעשים בכל יום להוסיף אפילו כמה שנים אחר נשואין מועיל משום סטימתא וכה"ג כתבו תוס' בפרק איזהו נשך דף ס"ו לענין קנס שדוכין אתנס לענין מנה ומאתיים מן האירוסין דלרמב"ם אין לארוסה כתובה מן הדין או מתקנה רק אם נזדמן שכתב לה למה לא יהא אסמכתא דהא לרמב"ם שטר לא מהני לסלק אסמכתא כמבואר בהה"מ ר"פ כ"ו מהלכות מלוה ובחו"מ סימן קכ"ע ועיין תומים סימן י"ב סק"ז ול"ל דמשום דרב גידל אמר רב דנקנה באמירה בהנאת מיתון כדאיתא ר"פ הנושא וס"ל דזה מועיל נמי לסלק אסמכתא כמ"ש בשו"ת ריב"ש סימן שמ"ה בשם הרב ר"י הייא עיי"ש ומבואר ר"פ הנושא דדברים הללו הנקנין משום הנאת היתון לא כתנו לכתוב לגבות ממשעבדי רק מבכ"ח ואיתא ברמב"ם והש"מ פ"ו מה"ז הי"ז דאפילו כתב שטר לא גבי ממשעבדי עיי"ש וכיון דכ"ז דאינו מועיל למשעבדי משום דהוה כאסמכתא כיון דעדיין לא החזיקה אתנס לב"ש דשטר כגבוי דמי וכן כתובה א"כ הוי כהחזיקה ואין בו משום אסמכתא, ממילא מועיל גם בארוסה לטרוף ממשעבדי ובאין שתיהן כאחת ע"י שגובה נהמשועבדין אינו אסמכתא וע"י שאינו אסמכתא גובה מהמשועבדין וכה"ג כתב רשב"א בפרק הנזקין דף כ"ה דגנב שהקדיש אחר יאוש חל ההקדש משום יאוש ושינוי השם או ש"ר ואי קשיא לך הואיל ויאוש כדי לא קני היכי תלי מקדים ליה י"ל כיון דשינוי השם או ש"ר קני הקדשתו וקניינו באין כאחד.

ונראה מה"ט דברים הנקנין באמירה לא כתנו לכתוב לגבות ממשעבדי דקשה למה יגרע מני שמחייב עלמו ליתן לחברו מנה דגובה ממשעבדי ע"י השטר אף דמיחייב בחנם כמבואר בפוסקים והובאו בש"ך חו"מ סימן מ"ס סק"ה לפימ"ש הי"ט כיון דדברים הנקנין באמירה כשעמדו וקדשו אינו רק ע"מ לכנוס כמבואר ברמב"ם שם א"כ הוי כאסמכתא שמא יהיה שמא לא יהיה דאם מת או מתה או נתגרשה מן האירוסין א"ל ליתן מה שפסק לכן לא מהני שטר רק מועיל משום תק"ח והם אמרו דלא יועיל לענין משועבדים ואם נתחייבו בשעת נשואין י"ל אה"נ מועיל שטר וכן משמע ברמב"ם סוף פכ"ג מהלכות אישות דדוקא כשהתנו בשעת קידושין לא מהני שטר מפני שאז עדיין הדבר בספק.

ולעיל סימן כ"א כתבתי דגם דברים הנקנין באמירה לא נקנה באסמכתא אבל י"ל כמו דערב מתחייב בהנאה דמהימן לו אף דהוי אסמכתא כדאיתא בשילהי ב"ב ומ"מ אם זולת קפק דשמא יפרע הלוה יש אסמכתא אחרת לא מתחייב כמ"ש הרמב"ם בפכ"ה מהלכות מלוה הכ"ח ה"נ דברים הנקנין באמירה דמהני הנאת היתון אף דספק אם יהיה קפק א"ל יהיה מ"מ אם זולת זה יש עוד אסמכתא י"ל דלא קני.

ובהגמ"ר ספ"ק דב"מ כתב ז"ל מה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום פרש"י משום דאין אדם מקנה דשלב"ל ותימא מ"ש מכתובה שיכולה אשה למכור שאם תתגרש או תתאלמן שיהא לו וי"ל דאין טענה כאן משום דשלב"ל אלא משום אסמכתא דשמא לא יירש ואסמכתא לא קני אבל כתובה לאו אסמכתא היא דמיד הוא שלה הכתובה אך הוא יורש ממנה עכ"ל הרי דדבר שהוא ספק יהיה הוי אסמכתא אף דאינו דרך קנס ולכן תוספת כתובה מהני כי מיד יש לה הכתובה אלא שאם מתה יורש ממנה אבל כותב כתובה לארוסה דאם מתה בעודה ארוסה דפטור כ"ל משום דיורש דהא הארוס אינה יורשה כמבואר כאן בב"ע ועכל"ל דאין מתחייב כלל רק אם ימות הוא או יגרשה א"כ הוי אסמכתא ומה מהני החיוב ועכל"ל רק מדרב גידל ולכאורה דברי הגמ"ר ל"ע מן פרק נערה דף כ"ג דאמר הא דמתה ארוסה אין לה כתובה ואינו יורש כתובתה שיתחייב בקבורתה בעד הירושה דבלא"ה

אין לה כתובה משום שאין אני קורא בה לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי עיי״ש הרי דמתה אין לה כתובה בלאו משום דיורשה אמנם בכמ״י בשם הרא״ש שם כתב דבנשואה שיש לה כתובה ומתנאי ב״ד אין הולכין אחר לשון הכתוב ואף דאין לה כדוכיא חייב לקוברה בעד עיקר כתובתה שיורשה אבל ארוסה דא״ל כתב לה לית לה כלום הולכין אחר לשון הכתיבה אח״ד ועיין לעיל סימן י״ז סעיף מ״ג דמדרש כתובה לכשתנשאי וכו' דורשין רק לענין עיקר הכתובה ולא על תת״כ וא״כ כהי דת״כ ג״כ אין לה רק משום שכתב לה ומ״מ לא עלה קאי לכשתנשאי לאחר ומה שאינה נוטלין יורשיה תת״כ כשמתה משום דיורש אותה הבעל אבל ארוסה אינה יורש אותה רק לא נתחייב כלל רק אם הנשאי לאחר.

ומ״מ דברי הגמ״ר צל״ע דמה בכך דהכתובה שלה מ״מ אינה מוכרת רק אם תתאלמן או תתגרש ויהא אסמכתא ואפשר כונתו כשעכשיו אינו שלו ויש ג״כ ספק אם יהא שלו דהוה תרתי לריעותא א״י להקנות אבל מחמת דשלב״ל היה יכול להקנות כיון דממילא אתי הירושה.

סימן נ״ו

ס״ב כמו שנותנין לה זה דעת הרמב״ס וקייעתיה דבחור שקידש אלמנה אין לו רק ל״י וש״פ הביאו ירושלמי פרק אעפ״י ה״ב הוא בחור והיא אלמנה והיא בעיא ומיסב יכול הוא מימר חיבתה עלי יותר מבתולה ונראה דרמב״ס אזיל לשיטתו בפ״י מה״א והיא לקמן סימן ס״ד ס״ב דבחור שנשא בעולה א״ל לשמוח עמה רק ג״י והוליא כן מהש״ס פ״ק דכתובות דף ז״ין הרי דנגרר בתרה.

ועוד נראה דלפי מה דמסיק הש״ס בפרק קמא דקידושין דף ח״ת לענין פדיון בכור בה״ס בפודה בכלי אינו שוה ה״ס לאו כ״כ לומר לדידי שוה ה״ס רק כגון ר״ב דגברא רבה ובאמת שוה לדידיה עיי״ש א״כ ה״נ לאו כ״כ לומר חיבתה עלי יותר מבתולה מה דאמדו חכמים רוב דעות העולם דאלמנה אינה חשובה כבתולה ואף דהרמב״ס פי״א מבכורים פסק דכל כהן אם קבלו בה״ק מהני כבר תמהו עליו ונדחקו בזה מאד עיי״ש כס״מ וב״י ואחרונים ביו״ד סימן ש״ה ס״ה אך אפילו לרמב״ם שם דוקא היכא דליכא פקידא לאחריני י״ל לדידי שוה כמבואר בפרק מי שהיה נשוי דף ל״א ע״ב אהא דאם אמרו יתומים אנו מעלין במותר דינר אין שומעין להם ועוד שם אהא דתרי אפדנא דאם קיבל המלוה אפדנא דשוה רק ת״ק באלף מסיק הלכתא דאין כותבין טרפא ללוקח רק בת״ק והכל מה דזה קבלו ביותר משויה בטלה דעתו אבל רוב ב״א והירושלמי דס״ל די״ל חיבתה עלי יותר י״ל דס״ל הא דאין שומעין ליתומים שאומרים אנו מעלין ביותר משום דזה חשוב כנתייקר אחר מיתה כיון דלא אמרו בשעת מיתה כן וכיון דאז כשמת לא היה מותר דינר אין דין כתובת בנין דכרין והא דרב כהנא קיבל הפדיון ביותר מן שוייה משום דליכא פקידא לאחריני ואפשר מש״ה פסק הרמב״ם גם לענין פדיון בכור די״ל לדידי שוה יותר משום הך סוגיא דמי שהיה נשוי דמסיק היכא דליכא פקידא לאחריני י״ל לדידי שוה יותר וא״כ הכא דהיא בעיא ומיסב ויש לה הפסד מזונות וכסות ועונה לאו כל כמיניה לומר חיבתה עלי יותר כיון דירושלמי כוני לא אמר אלא אם טען כן ומשמע בסתם אומדן דעת אינו כן ואין להקשות הא רב אשי בתרא הוא ולמה לא פסק הרמב״ס כרב אשי דאמר לא אמרן אלא כגון ר״ב דגברא רבא הוא ומבעי ליה סודרא אריסא דלק״מ כיון דבכתובות מסיק להדיא דהלכה דהיכא דליכא פקידא לאחריני יכול להעלות ולומר לדידי שוה יותר א״כ לית הלכתא כרב אשי ועוד לרב אשי ליכא לדחוי ראיות רב יוסף מברייתא דמיירי דקבלו עליה דהא הברייתא תני עגל זה טלית זה ולאו בקידרא וגברא רבא דוקא ועי״כ רב אשי בא לפלוג על מה דדחי ראיית רב יוסף וגם רב יוסף לשיטתו בפרק מי שהיה נשוי שם דס״ל דאפילו היכא דליכא פקידא לאחריני אינו יכול להעלות בדמים לומר לדידי שוה יותר וכיון דמסקינן בפ״ק דקידושין דף ט״ת דאין הלכה כרב יוסף וכן מסיק בפרק מי שהיה נשוי כם דאין הלכה כרב יוסף ע״כ אין הלכה כרב אשי.

עוד נ״ל דהא די״ל חיבתה עלי יותר מבתולה הליא בפלוגתא דכנסה בחזקת בתולה ונמלאת בעולה אי אפילו מנה אין לה דהוה מק״ט דאם גם מנה אין לה ע״כ דחשיב מום שהסכימו עליו העולם כמבואר ברמב״ס פט״ו ממכירה דין ה' ובחו״מ סימן רל״ב ס״ו כל שהסכימו עליו בני המדינה שהוא מום שמחזירים בו מקח זה מחזירין שכל הנו״כ סתם על מנהג המדינה הוא סומך וא״כ כשטוען חיבתה עלי יותר מבהולה טוען כנגד המנהג דקי״ל דאינו נאמן אפילו יש לו מגו ומוחזק כדאיתא בחו״מ ס״ס ש״ל ובש״ך בס״ק פ״ב בכללי מגו ס״ב והוא מהש״ס ס״פ המקבל ועוד כיון דסתם אומדן דעת אינו כן עליו מוטל להתנות בפירש וכמ״ש בשו״ת מלל מאם ק״י ס״ה לחלק בין ארוסה ליבמה דבארוסה אמרינן כיון שלא פרשה מסתמא סומכה על זמן הרגיל וא״כ ה״נ כיון דרגילות דבעולה אינה חיבתה עליו כבתולה סמכה על זה ולא פרשה ועליו היה להתנות בפירש וא״כ הירושלמי לשיטתו דס״ל בפ״ק דכתובות ה״ד נשא אשה בחזקת בתולה ונמלאת בעולה אינו מק״ט ויש לה כתובה מנה ועי״כ דס״ל דאין זה מידי דקפדי בה אינשי לכן י״ל חיבתה עלי יותר מבתולה משא״כ לש״ס דידן דבפ״ק דכתובות דף י״א ע״ב דמסיק דהוה מק״ט ואין לה אפילו מנה וב״פ הרמב״ס פי״א מה״א ובש״ע לקמן סימן ס״ז ע״ב דהוה קפידא לפי מנהג רוב העולם וא״כ לאו כל כמיניה לומר חיבתה עלי יותר מבתולה.

ודעת הרא״ש שהביא ראיה מהירושלמי י״ל עפימ״ש בפירסב״ס בר״פ המוכר פירות בהא דלא אזלינן בתר רובא דלרדיא זבין כיון דרובא לא כלום הוא לא היה לו למוכר לפרש אלא הלוקח הנ״ל לרדיא קבעינא וה״נ אף דכנסה בחזקת בתולה ונמלאת בעולה הוי מק״ט ואין לה אפילו מנה י״ל דלא עדיף מרוב דלרובא דעלמא הוי קפידא ומ״מ האשה היה לה לפרש מתחלה שיבאנה אחר ל״י דמאי הוא מן ממעט ודעת הרמב״ס כיון דבפ״ק דכתובות דף י״א ע״ב מסיק מקח טעות לגמרי ומשמע הכי הוא ככל מק״ט אף דהמוכר מוחזק בדמי מוליאין ממנו ועי״כ דעדיף מרוב דהא הרמב״ס ק״ל חקפו כהן אין מוליאין ממנו ומהני תפיסה אפילו כנגד רוב דזה דגל קי״ל די״ל קי״ל אפילו כהממעט והכא דהוה מק״ט אפילו תפסה האשה מיורשי הבעל מוליאין. ומנה אבל להרא״ש דס״ל בב״ק פרק

כ״לד

כ"ל הרגל ס"ב וכ"ד הטור חו"מ בכמה דוכתי דתפיסה ל"מ א"כ י"ל כהי דהוי מק"ט לגמרי ואפילו תפיסה לא מהני משום דמציקרא דדינא דהיה הממון בחזקת הבעל ויורשיו א"ל ליתן לה כלום לא מהני תפיסה מ"מ לא עדיף מרוב וכאן הבעל מוחזק ומ"מ ראיית הרא"ש מהירושלמי אינו מוכרח כלל דכיון דלהירושלמי כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אינו מק"ט וים לה מנה ומוליאין מהבעל אם גרסה אף דטוען ברי דלדידיי קפידא הוי הרי דס"ל להירושלמי דאינו רוב ואפילו ספק שקול אינו לכן בפיר י"ל חיבתה עלי יותר מבתולה מסא"כ לדידן דמק"ט הוי דכך אמדוהו הבז"ל לאו כ"כ לטעון בהיפך אף בברי נגד אומדן הבז"ל כמ"ש בפו"ת א"ז סימן הסע"ה והובא ג"כ בתה"ד לענין סבלונות ואף די"ל בשלמא כנסה בחזקת בתולה הכריעו חכז"ל דכמלאת בעולה הוי מק"ט אבל מקדם בעולה הרי חזינן דלא קפיד ליקח דוקא בתולה מ"מ כיונא גם כנסה בחזקת בתולה אף אי היתה בעולה לא היה מקפיד באפשר ולמה הוא מק"ט ואף אם רולה לקיימה לריך לקדשה מחדש כמ"ש תוס' והובא בב"ש לקמן סימן ס"ח ס"ק כ"ד והוא בתום, פ"ק דכתובות דף יו"ד בד"ה חזקה הרי אף דחזינן דרולה לקיימה מ"מ הכריעו חכמים דהוי מק"ט דאין חיבת בעולה כחיבת בתולה וגם הרמב"ם כתב סוף פי"א מה"א הרי שרלה לקיימה אחר שהפסידה עיקר כתובתה חוזר וכותב לה מאה עכ"ל חזינן אף דרולה לקיימה מ"מ הפסידה כל כתובתה דמעיקרא.

ס"ד אין הקרובים יכולים למחות ולעיל סימן נ"ז ס"ג כתב רמ"א וי"א דהס"ד אם מת האב קודם שנשאת ונשאת והקשה חכ"א בנוב"ת סימן נ"ז דכיון דפסק רמ"א בסימן נ"ז דאינה יורשה איך הביא כאן היפך זה דהם שתי דעות הפכיים במרדכי ואיך זכה הרמ"א בטרא לבי תרי ולי נראה דלק"מ דכאן נקט רמ"א דעה אחרונה שבמרדכי דתמה על דעה ראשונה והרבה בטעמים וכיון דבחייה מוחזקת בעלמה ונכסיה אין הקרובים יכולים למחות ואם מתה יורשה בעלה כיון דאין קרובים מוחזקים דהעיקר כדעה זו דיורשה וכ"ש אם הבעל מוחזק ולעיל סימן נ"ז הביא בשם י"א דכ"מ אם אחר מותה מוחזקים הקרובים דאין להוליא מידם די"ל קי"ל כדעת הי"א דגם במיעוט כגד רבים קי"ל די"ל קים לי.

סימן נ"ז

בי"אות בעלה בחת"ם חא"ע סימן קכ"א העלה באלמנה שנכנסה לחופה בנדתה או היפת בתולה בנדתה ומתה קודם שהכתה אצ"ג דאיכא פוסקים דלא חשו להירושלמי דחופת אלמנה אינה קונה וכן פליגי אחופת נדה ולדדהו איכא מלות עשה לטמא לה מ"מ כיון שהוא פלוגתת הפוסקים שוא"ת עדיף דמספיקא אסור לכהן לטמא לה ומתילא כמי שאסור להתאבל עליה משום שיבא מזה מכשול לענין טומאה וכמ"ש תוס' כעין זה בפ"ק דחולין י"ב ע"ב דהקילו באבלות שלא יבא להקל בחלילה עיי"ש ובשבת דף קל"ה ע"ב ועיי"ש ולי ל"ע דלפימ"ש המל"מ פ"א מהיו"ע סוף הלכה י"ז דלא אמרינן מה לי איסור לאו מה לי איסור כרת אלא באיסור לאוין שחייבים עליהם מלקות והנה דעת הראב"ד בהשגות פ"ה מנזירות הי"ז דהיכא שכבר נטמא שוב אינו מוזהר על הטומאה

וכתב הדג"מ בגליון יו"ד סימן דע"ש דלפ"ז כהנים בזה"ז אינם מוזהרים על הטומאה ולדעת המל"מ סובר הראב"ד שאין איסור כלל והדג"מ כתב דאולי גם לראב"ד יש איסור תורה רק ליכא חיוב מלקות ואף דלא קי"ל כהראב"ד מ"מ ספק הוי עיי"ש ולפ"ז הכא יש לענין טומאה ס"ס שמא הוי נשואה ומלוה לכהן לטמא לה ואת"ל דאינה כנשואה שמא כראב"ד בזה"ז ליכא חיוב מלקות עכ"פ וא"כ לענין אבלות ליכא למגזר דאפילו יטמא הוי כודאי אין חיוב מלקות כיון דיש ס"ס והא דתוס' בחולין דגזרו היינו שלא יבואו להקל בערוה אף דמדינא א"ל חלילה חששו ללעז ולקלקול עיי"ש ועוד איסור טומאה גופא י"ל דאינו כאן דאולי כהפוסקים דחופת נדה קונה ובד"מ סימן ס"א כתב דלא קי"ל כרמב"ם והמנהג דלא כרמב"ם וכ"כ כנה"ג בהגה"ט ס"ס ס"א וגם לרמב"ם הא דחופת נדה אינו קונה אינה רק מכח בעיא דלא איפשטא בש"ס והוי ספק ורא"ש וסייעתיה ס"ל דהבעיא רק לענין תוס' כתובה וא"כ זה גופא כס"ס שמא כהרא"ש ואת"ל כרמב"ם שמא מ"מ גם אם הבעיא לענין קנין י"ל דקינה כיון דעלתה בספק ושמא כהמל"מ אליבא דראב"ד דבזה"ז אין איסור טומאה לכהנים ועיין טו"ז סק"ד לענין חופת אלמנה בזה"ז דקונה לכל כבתולה וא"כ כמו בבתולה נדה יש לומר דמותר לטמא לה ה"נ באלמנה נדה ואפשר כמי מלוה הוא וכ"ש שאין לומר דאסור להתאבל משום גזרה כאן דלא נזכר בש"ס ואין לנו להדש גזרות כמ"ש ברא"ש בפרק במה מדליקין וריב"ש סימן קכ"ה וסימן רנ"א ופר"ח א"ח סימן תכ"א וסימן תס"ג הובאו בעין זוכר מערכת הג' אות זיין אך אם לריך להתאבל ל"ע דלטעם שכתבו תוס' בולד שמת תוך ל' דלא יתאבל משום גזרה לריך כאן להתאבל ולטעם השני שכתבו דהלכה כדברי המיקל באבל אפשר גם כאן שייך זה אף דיש כאן ס"ס מ"מ התם נמי רוב ולדות אינן נפלין ולרבנן הוי בן קיימא ולרשב"ג דחיים למיעוטא הוי רק ספק נפל ונראה מש"ה הולרכו לטעם גזרה דאפשר כה"ג אין הלכה כדברי המיקל באבל כיון דלהמיקל הוי ספק ולהמחמיר ודאי וא"כ לטעם שני של התוספת ה"נ י"ל הלכה כדברי המיקל אך הבית מאיר כתב דאפשר נסירתה לרשות בעלה עדיף מחופה לענין נדה א"כ להתוס' וריא"ז דמסירתה לרשות בעלה קונה לכל א"כ ה"ה לענין אבלות וכ"ש חופה ומסירה לרשות בעל ובעל"א פשיטא לו דמסירה לרשות בעלה מהני גם בנדה וא"כ בחופה ומסירה לרשות בעלה נתוסף עוד ספק להחמיר.

הב"ש הכריח דמסירה לרשות בעל קונה ליורשה מטעם מחילה ומהני אף באלמנה ונדה וכמו שפרש"י בכתובות דף מ"ח ע"ב כיון דמסרה אבוה אחיל אב מהשתא מחמת קירב נשואין והפני"י תמה דמה מהני הכא מחילה בירושה ומ"ש הפנ"י דמיירי בנדוניא שבא ליד הבעל והשיגו הב"מ הא מבואר אפילו נדוניא בבית אביה בעלה יורשה ועוד הוסיף הב"מ להקשות דזה ל"ש אלא באב המוסר שהוא המוחל או מקנה אבל אלמנה המוסרת עלמה מה יועיל מחילתה כנגד זכות האב הא אפילו אומרת קודם מותה אבי לא יירשני לא מהני כדאיתא בחו"מ סימן רפ"א וכן הקשה החת"ס חא"ע סימן קכ"א ונראה דהא בח"מ סימן רפ"א מבואר דוקא כשאומר פלוני ירשני או פלוני בני לא ירשני ל"מ דמתנה עמש"ב אבל כשהזכיר לשון ירושה ומתנה מהני וא"כ הכא

הכא דלא אמרה בפירש לשון ירושה ויש משמעות ירושה ומתנה מהני אף דבמתנה צריך קנין כמ"ש ש"ך שם י"ל לפמ"ש תוס' בפרק שני דבכורות דף י"ח ע"ב בד"ה אקנויי אקני ליה מקום בחצרו ואף בלא קנין קא קני דגמר ומשעבד נפשו עיי"ש ונראה סברתם כיון דלא שמענו ממנו דאקני ליה רק אומדן חכמים הוא דאקני ליה בלבו ה"כ אומדן חכמים דגמר ומשעבד נפשו ועדיף ממי שאומר בפיו דנותן לחבירו מתנה דצריך קנין דשמא אין פיו ולבו שוין לגמור ולהקנות וכה"ג כתב קצוה"ח בסימן סמך לענין דבר שאינו קצוב ולענין אסמכתא עיי"ש וא"כ ה"נ כיון דמכח אומדנא הוא א"צ קנין ואף דלגבי אב הירושה דשלב"ל מ"מ כיון דגמר ומקנה מהני גם בדשלב"ל ועיין בהגמ"ר פ"ק דב"מ בהא דמה שאירש מכור לך לא מהני הוא משום אסמכתא וא"כ הכא דגמר ומקנה שאני ואפשר באלמנה המוכרת עצמה לבעלה י"ל נמי דהוי כעשו שותפות דאגב דלייתי אהדדי גמרי ומקנו אפילו דשלב"ל וא"צ קנין כמ"ש מהרי"ק שורש קפ"א ענף ב' וכ"ד כ"פ שהביא שם ובהגהות למ"א חו"מ סימן קע"ו ס"ג.

ס"ג וכן אם ייחד לו בית ואכסדרה הנה זה בעיא דסלקא בתיקו ומספיקא לא מוציא ומחזקת בעליו כ"כ בא"ג אך מלשון וכן משמע דשוה לבית ועליה דפשוט בש"ס ויש כ"מ כגון שיש על האב מע"פ ומת דמע"פ גובה מהיורשים אך לא ממקבל מתנה וא"כ כיון דמלוה אינו מוחזק דאפילו בשטר קי"ל מכאן ולהבא גובה וא"כ אם ספק הוא לא יגבה בחובו ואת"ל דגם הבן לא חשיב מוחזק בבית דהוא כקרקע וליכא למימר בזה בחזקת יורש קיימא דמדין יורש גובה המלוה מ"מ הל"ל יחלוקו או אם הבן יושב בבית חשוב מוחזק כנגד המלוה שבא להוציאו לכן י"ל לפמ"ש הרא"ש בפרק מי שמת סימן כ"א וכ"ג דאם יש ספק באומדנא חשוב כודאי ליכא אומדנא ומוציאין מהמוחזק והובא בתה"ד סימן ש"א וכתב דאפילו לש"ז דס"ל בספק אומדנא נמי אמרינן המע"ה היינו משום דחזקת ממון עדיפא כ"כ דאפילו ספק אומדנא מהני ליה אבל כשאין שום אחד מוחזק לא חיישינן כלל לספק אומדנא והוי כאלו ודאי ליכא אומדנא אף דסליק בש"ס בתיקו עיי"ש לכן ה"נ כיון דזה דהוי מתנה להבן מכח אומדנא הוא כמ"ש רמב"ם בפ"ו מה"ז ורשב"ם ותוספת בב"ב דף קמ"ד ולענין אכסדרה או שני בתים זה לפנים מזה דסלקא בתיקו הוי כודאי ליכא אומדנא וגובה המלוה כיון דלא שייך תפיסה במחובר ואין לשום אחד חזקת מ"ק ועוד נראה שמת האב החזקנו שהוא של האב דיש לו חמ"ק ועכ"פ כיון דבזה ל"ל דאלים חזקת ממון כיון דהבן אין לו חמ"ק י"ל גם להא"ז לא מהני להבן ספק אומדנא ולכן אף דרמב"ם פ"ו מה"ז ה"ט וש"ע חו"מ סי' ר"ן ס"ב פסקו דלא כהרא"ש מ"מ י"ל מודו כאן ועוד נראה דהא הבן לא עשה שום חזקה דנעל וגדר ומ"מ קנה מתק"ח וכמ"ש תוספת בב"ב דף קמ"ד משום דסמכא דעת הבן וא"כ בזה דעלתה בתיקו ולא נתברר אם אביו נתנה לו ליכא למימר דסמכא דעת הבן ויותר מזה איתא בב"ב דף קמ"ב אפילו בחזקה גמורה היכא דרפיא בידיה אי קנה אמרינן דלא קנה כ"ש הכא דכל הקנין רק משום דסמכא דעת הבן.

ס"ד שני בתים זהו בעיא דלא איפשטא ופסקו הפוסקים קולא לנתבע ולפ"ז לפמ"ש למ"א בס"א דבעינן שיהא לאב בית אחר לדור בו א"כ אם אין לאב רק אלו שני בתים זו לפנים מזו ואי הוה אמרינן לאידך גיסא דקנה הבן כל השני בתים לא נשאר לאב בית לדור ולא קנה הבן כלום וכיון דהוא בעיא דלא אפשטא אמרינן קולא לנתבע לכל אחד ומצדדים ולא קנה הבן כלום עכ"ל דרישת אחי ולי נראה כיון דאומדנא דנתן האב הבית לבנו כמ"ש הרמב"ם והפוסקים וכשאין לו בית אחר לדור בו יש אומדנא להיפך דלא יתן ביתו לבנו והוא לא יהא לו בית לדור בו כמ"ש בדרישה וכה"ג כתב בשו"ת הרא"ש כלל ח"ת סימן ד' והוא ביו"ד סימן רל"ב סע"ז ומוכח בשו"ת הרא"ש שם דמטעם אומדנא בא לאדעתא דהכי לא נשבע למכור ביתו וליתן נדן לבתו וכ"כ רשד"ם סימן ק"ד בחיו"ד והובא בחת"ם יו"ד סימן רכ"ח ובפ"ת ליו"ד סימן רל"ב שם ואם כן בכאן יש תרי אומדנות דסתרו אהדדי והוי כהתי כתי עדים דסתרו אהדדי דכל מה שיש ליישב שלא יסתרו אהדדי יש לנו לתקן כדאיתא בחו"מ סי' כ"ט ס"א ה"נ בתרי אומדנות דהוי כאנן סהדי וא"כ בכה"ג לית ספיקא אלא אמרינן שתי האומדנות אמת דלא הקנה לבנו רק הבית אחד אשר השיאו בו ונשאר לו בית שני לדור וגם להבן נתן בית אחד.

סימן סמ"ד

בשנושא בב"ב דף קמ"ה ע"ב ת"ר עשה עמו בשניה וביקש לעשות עמו בראשונה י"ל לו לכשתשא אשה אחרת אעשה עמך ורמב"ם בפ"ז מה"ז השמיט זה ועמד בזה בעלי אחרים ונראה לפי שכתב שם בהלכה י"ג ואינה משתלמת אלא בעונתה כעין נשואי ראשון תו אצ"ל הא די"ל כשתשא אחרת דהתם נמי הטעם דעדיין לא הגיע הזמן עד נשואי שניה כמ"ש באה"ז והברייתא דתני לה משום דבברייתא זו לא הוזכר דחוזרת בעונתה ורמב"ם דכתב ברייתא האחרת המובאה דברים שנאמרו בשושבינות וחד מהן דאינה משתלמת אלא בעונתה כעין נשואי ראשון תו אצ"ל הא דעשה עמו בשניה.

ולפי שבזמן הזה לא נהגו לתבוע תביעה זו ראיתי שלא להאריך בזה בבית הלל בסי' שלפני זה איתא אם מזמן אחד תובע השושבינות אין חייבים הב"ד לפסוק ובב"ש הביא ג"כ דברי הב"ה ומשמע דאינו נוהג דין זה בזה"ז ולכ"ע דמדברי ב"ה נראה משום דלא שכיח אין ב"ד חייבים לפסוק והוא הטעם המבואר בחו"מ סי' א' דמלתא דלא שכיח אין דנין בזה"ז אבל מ"מ חייב בעצמו להחזיר לב"ש או אם תפס אידך מהני תפיסתו אלא דלפ"ז קשה מה טעמו זו לפי שבזה"ז לא נהגו לתבוע לא ראה להאריך הלא נ"מ מובא לענין לב"ש ולפמ"ש הש"ג הובא בש"ך חו"מ סימן רל"ב סק"ב שהמלוה לחברו ואינו תובע שלואתו אין הלוה חייב לשלם לו ומאליו הואיל ואינו תובע במתנה ביקש ליתן לו והש"ך כתב דל"ע בזה וכאן י"ל דעדיף כיון שלא נהגו לתבוע א"כ מעיקרא אדעתא דמנהגא נתן שלא לתבוע ותלה ברצון מי שנשתלח לו אם ירצה יחזיר דבכמה דוכתי מצינו דאדעתא דמנהג נחית ביו"ד סימן קע"ד ס"א בהג"ה ובסי' קס"ע סק"י שם ובחו"מ סימן רל"ב ס"ו ובסי' של"א ולפ"ז גם מלב"ש פטור גם תפיסה ל"מ ול"ע ובדרישת אחי לא כ"כ ודייק מדלא כתב המחבר דלא נהגו לתבוע תביעה זו משמע אבל השושבינות וחזרתו נוהג אף בזה"ז עיי"ש ולא נ"ל דאם חזרתו נוהג ה"ל להמחבר לבאר הכל שידע כל אים בעצמו איזות

צריך

צריך להחזיר אף דאין תובעין אותו אלא משמע דכיון דלא נהגו לתבוע א״צ להחזיר ומ״ש בחו״מ דין האחין משום דכ״מ אם ימצא מקום דנהגו כדין הש״ס או אם תחזור שדבר ליושנה אך להאריך לא ראה כיון דבזמן הזה במקומות הידועין לנו לא נהוג דין זה.

סימן ס״א

אינה כאשתו ז״ד רמב״ם ותמה מהרש״ך הא זו בעיא דלא איפשטא בפרק אעפ״י דנ״ו וא״כ הנ״ל דהוי ספק דכ״מ אם תפס יורשה או מע״י או אם תפסה תנאי כתובה וכ״ל דר״ב גאון ופרח מט״א כתבו דדוקא לענין פרסה נדה דתהא ראויה אח״כ הוי בעיא אבל אם לעולם לא תהא ראויה לביאה פשיטא דלא הוי חופה הובא בשער המלך וה״ט דודאי עיקר חופה לביאה שתהא הכנה לביאה כמ״ש ר״ן בפ״ק דקידושין ד״י אלא בנדה הוי הכנה לאח״ז והנה כתבו הגמ״י דבעיא דלא איפשטא גם באיסור דרבנן אסיר וכ״מ מהרמב״ם דפסק בא עליה לשם קידושין אסור לבועלה בלא חופה דביאה רק אירוסין עושה והיא בעיא דלא איפשטא בפ״ק דקידושין ד״י ואיסור ביאת ארוסה רק דרבנן כמ״ש הרמב״ם רפ״י מה״א א״כ כשפרסה נדה בחופה או קודם דספק אי הוי חופה אסור לבוא עליה כשתטהר מחמת חופה זו דרק משל אם הלכה אחר חופה לבית אביה דלרמב״ם החופה היינו הכניסה לבית חתנה ואם כן צריך לעשות מחדש עוד חופה ממילא חופה ראשונה לא הוי שום הכנה לביאה לעולם כיון דצריך חופה שניה ובה סגי ממילא לדידן ודאי אין קונה ולא מהני תפיסה וק״ל ועיין מנחת יעקב כלל א׳ בסק״ו הוכיח בראיות דבעיא דלא איפשטא גם באיסור דרבנן לחומרא וכ״ש הכא דיכול לעשות חופה שנית כדאמר הא איכא מיא בנהרא ז״ל טבול בפרק אין מעמידין דף ל״ז ע״ב וכ״מ במקומות שפוסקין כהרמב״ם.

בחמ״ח סק״א במרדכי משמע דאף דהיתה טהורה כשנכנסו לחופה אם פירסה נדה בתוך חופתה פסקה לה חיבת ביאה והדבר תמוה אם כבר קנתה בתחלת חופה איך יופקע הקנין כשפירסה נדה עכ״ל ונראה דודאי לא בדקה עצמה תוך חופתה אף שבדקה עצמה מקודם מ״מ שמא עם סילוק ידיה נטמאה וכותלי בית הרחם העמידו לדם אף דלא הרגשה והא דברים פ״ק דנדה דף ג׳ ע״ב אמרינן לכ״ע דלחולין או לבעלה לא חיישינן לטומאה למפרע רק לטהרות חיישי רבנן כתבו תוספת שם ובחידושי ר״ן דף ג׳ דלא סמכינן אסברא דכותלי בית הרחם לא מוקמי דם ואסברא מדלא הרגשה רק משום דאוקמינן לאשה בחזקת טהרה ורמב״ן הובא בב״י יו״ד סימן קל״ו דלפיכך בהפסקת טהרה צריך בדיקה במוך בחורין וסדקים משום דיש לה חזקת טומאה אימר כותלי בה״כ העמידו להדם והובא בהו״ד ריש סימן קפ״ו והכא נגד חזקת טהרה יש חזקת ארוסה כמ״ש בשו״ת פרח מט״א ח״א סימן קי״ד דלפיכך פסק הרמב״ם דחופת נדה אינו קונה ולא כתב דהוא ספק דהא בש״ס נשאר בתיקו אם צריך חופה דחזיא לביאה משום דמוקמינן לה בחזקת ארוסה וא״כ נשאר ספק שמא בתחלת חופה כבר טמאה היתה ואף דהוי ס״ס שמא לא צריך חופה דחזיא לביאה ושמא בתחלת חופה לא היתה טמאה וכבר קנתה החופה מ״מ בס״ס אין מוציאין ממון כמו שהעלה בספר תק״כ סי׳ ק״ב והאחרונים וא״כ אינה יכולה להוציא הת״כ מן יורשיו ואם מתה האשה אין הבעל יכול להוציא הירושה מן יורשיה וי״ל גם הרא״ש מודה לזה ומ״ש דאין לומר דהבעיא רק בפרסה נדה אח״כ דהא כבר קנאה בתחלת חופה ר״ל דאם תאמר אם לפני החופה פרסה נדה פשיטא להש״ס דלא קנאה והבעיא רק נכנסה לחופה ואח״כ פרסה אם צריך חופה דחזיא לביאה לפ״ז עכצ״ל דק״ל להש״ס דלא מחזקינן אותה לנדה למפרע או דמיירי דידוע שבתחלת חופה לא היתה נדה א״כ הא כבר קנאה בתחלת חופה ולפי האמת שפיר י״ל כיון דפרסה נדה בתוך החופה חיישינן דכותלי בית הרחם העמידו לדם כיון דיש לה חזקת ארוסה ויורשיו יש להם חזקת ממון לענין הת״כ.

והגה שייס במרדכי שם דמש״ה תקנו הגאונים שאחר שתספור ז״נ ותטבול יכניסנה ויברכו ברכת חתנים ויל״ד הא מס״ק שב״ך תיקו אם חופה דלא חזיא לביאה אינה קונה וא״כ שמא הוי חופה וכבר יצאו במה שברכו אז ולכאורה ראיה למ״ש הפנ״י בברכות ספ״ק ובפרק מי שמתו דף כ״א דאין איסור משום ברכה לבטלה אם מברך מספק שמא לא יצא עדיין או אפשר דגאונים היו יכולין לתקן לברך כמו שמצינו כמה ברכות שלא נזכר בש״ס ותקנו הגאונים ועיין מג״ד סימן מ״ו סק״ז ועמ״ל לפיה״מ בר״ט אלגזי בפ״ב דבכורות דהיכי דקם כ״מ לענין ממון ויש ס״ס רק אין מוציאין ממון בס״ס אי איסורא גריר בתר ממונא אפילו לקולא למ״ד תקפו כהן מוציאין מידו עיי״ש לכן ה״נ כיון דלענין ממון חשובה כארוסה לענין דאם מתה אינו יורשה ואם מת הוא אין לה ת״כ וגם בשכיבס בחיים אין לה מזונות ואין מעש״י שלו לכן גם לענין איסור הצריכו ברכה ולא חשי לברכה שא״ל.

כשראויה לביאה בגמרא דף כ״ו בעי רב אשי נכנסה לחופה ופרסה נדה מהו מה״ל חיבת חופה קונה חופה דחזיא לביאה אבל לא חזיא לביאה לא תיקו וכתב הרא״ש מדבעי רב אשי בהוא בתראה ש״מ דחיבת חופה קונה. ס״ל אף דאת״ל קאמר הלכך אינו קונה והדר אח״כ מפרש הרא״ש דהבעיא רק לענין ת״כ דמקשמא על חופה דחזיא לביאה כתב לה ולא ע״ד חופה דלא חזיא לביאה דמסתבר דעיקר האומדנא על קירוב דעת של חיבת ביאה ודי לנו אם נאמר אדעתא דחופה דחזיא לביאה אמ״ד ויל״ד הא ברא״ש בב״ב פמ״ם סי׳ כ״ח וב״ב כתב דכיון דלא נפשט הבעיא לא מבטלין קנין ברור ע״י אומדנא דלא ברירא וא״כ למה פסק כאן דאינו קונה כיון דסלקא בתיקו אין לבטל הת״כ ע״י ספק אומדנא ונלאתי שבעל״א הקשה ג״כ הכי ולא תירץ.

ונראה דיש עוד לדקדק איך קאמר הרא״ש דמדבעי ר״א ש״מ דחיבת חופה קונה ס״ל אף דאת״ל קאמר הא דעת הרא״ש דאת״ל לאו פשיטותא הוא כמבואר ביד מלאכי בראיות ודברי הרא״ש שבשילהי ב״מ ומהאחרונים לכן כ״ל דמשום דספק אומדנא לא מבטל חיוב ברור לכן אף דאת״ל לאו פשיטותא מ״מ נשאר החיוב דת״כ בודאי אבל בחופת נדה דלא חזיא לביאה דנתוסף עוד ספק א״כ הוי ס״ס לבטל החיוב ומכח האומדנא דהא על ס״ס מתירין איסור דאורייתא הכי דלא הס״ב ספק מש״כ בהך דב״ב דאינו רק ספק אחד אם יש אומדנא לא מבטלין חיוב ברור וכאן עדיף משאר ס״ס לפמ״ש הרא״ש דסמא על חופה דחזיא לביאה כתב לה וכו׳ דמסתבר דעיקר

האומדנא

האומדנא על קירוב דעת של חיבת ביאה א"כ בכל ספק נוטה קצת יותר על אומדנא דלא כתב לה עד"ז וא"כ השתא דקלקה ביאה דר"א בתיקו ובעיא דרבנן ג"כ רק בחת"ל נצטרפו שני ספיקי וכל ספק נוטה יותר להאומדנא ומילא חשוב כאומדנא ברורה.

אינה כאשתו במסכת כלה שפ"ג איתא שנכנסתי לחופה נדה הייתי ופירש וממני בעלי משמע להדיא דע"י חופת נדה נעשה בעלה עכ"פ כשידע שהיא נדה.

סימן ס"ב

ס"א כוס המנהג שמברכין בהמ"ז מברך פה"ג אחר השבע ברכות והטעם כדי שלא יהא נראה דומברכין בפה"ג לצורך בהמ"ז ולא משום השבע ברכות ב"פ שק"ב בשם ב"ה ועל"א שק"ע הקשה מברכות הבדלה כשאין לו רק כוס אחד שנלשאלן אחר המזון ואומר תחלה בפה"ג כדמשמע בפע"פ דף ק"ה ע"ב וכ"כ בפירשב"ם שם והתם כמי איכא למטעי לכן המליא טעם אחר ולפי טעמו כשאין לו רק כוס אחד מברך בפה"ג לפני ב"ה עיי"ש וטעמו רחוק וקושיתו לק"מ דהא אותו ברייתא דפע"פ ס"ל הבדיל בתפלה צריך להבדיל על הכוס כדאיתי' התם ושתם בני אדם מבדילין בתפלה כפירשב"ם שם ותוספת כתבו רוב ב"א מבדילין קודם בתפלה וא"כ ליכא למטעי דבפה"ג משום מזון לבד ולא משום הבדלה דא"כ למה מבדיל שנית הא כבר הבדיל בתפלה.

והרמ"ע תשובה מ"ש ס"ל לברך בפה"ג אחר בהמ"ז וא"כ ב"ה ותמה בעל"א דהא כתבו רש"י ורא"שונים דלפיכך אשר ברא מתחיל בברוך אף דסמוכה לחברתה משום דכשליכא פ"ה מברכין רק אשר ברא ולהרמ"ע הרי סמוכה לעולם לבפה"ג וכ"ל דהא דברכה סמוכה לחברתה אין פותחין בברוך כתב המרדכי פע"פ משום דפתיחת הברכה שלפניה פוטרתה יהודא במרדים שגל הירושלמי בפ"ק דברכות הלכה ה' וקיים בה כלומר דכחדא. ברכתא חשיבה ובק"א המקנה כאן ק"ע כתב דיכול אחד לברך בהמ"ז ויוציא כולם ובשש ברכות יברך אחר והמברך בהמ"ז יברך בפה"ג ול"ד לז"ב והיא מברך על המוגמר דברכת כשואין מלתא אחריתי הוא ואיכה שייך לבהמ"ז ורא"ה מהא דלוי בריך פית והא עם ברכת היין ס"ל שבע א"י דאחר בירך בהמ"ז ובפה"ג אה"ד והנה אין ברכה אחת נתחלקת לשנים כדאיתי' בא"ח סימן כ"ע וסימן קפ"ו וא"כ כשמחלקין לשנים ע"כ כיכר דלאו כברכתא היא חן לכן לעולם פותחין בברוך.

ס"ד והתן מן המנין רבים תמהו הא זה יליף הש"ס מויקח בועז עשרה אנשים והיה שני בתשעה ובועז ונראה דבמדרש רות ובירושלמי אמר מיכן לבית זה שהן ממנין זקנים בבית המשתאות שלהן והיינו להשגיח שלא יבואו לידי יחוד וכדאיתי' בקידושין דף פ"א אביי דייר גולפי רבא דייר קנה שלא ילך איש להדר שהנשים בו ולא ירגישו בו לכן נטל בועז זקנים לבית המשתה שישגיחו אם יכנס איש להדר שהנשים בו ילך אחריו ואם היה נוטל רק תשעה היו מוכרחים לישב עמו בשעת השבע ברכות ולא היה יכול להציל מהיחוד ואם יציל מהיחוד לא ישארו תשעה בשעת הברכות וגם לא היה מורא על מי שירצה לכנוס בין הנשים כי יודע שבשעת הברכות מוכרחין כל התשעה זקנים להיות עם בועז אצל הברכה.

ב"ש סק"ד ובמקום דליכא עשרה אין לעשות נישואים כ"כ הרשב"א ובפסקי מהרא"י חולק על זה עכ"ל ולא נמצא כזה ברשב"א רק כתב דגם ברכת אשר ברא צריך עשרה כמבואר בתשובה סימן אל"ף קס"ז אבל לעכב הנשואים אפשר אין לעכב וניקנית בלא ברכות וגם אפשר מותרת לבעלה כדעת מהרא"י דכלה בלא ברכה היינו בלא חופה אך בכנה"ג יש פלוגתא אם אסורה בלא ברכה וי"ל מש"ה ויקח בועז עשרה אנשים מזקני העיר דהוי סגי לומר עשרה אנשים זקנים אלא בא ללמד כיון דמצאו בעיר לקחם אבל אם לא היו נמצאים בעיר אין לעכב הנישואים.

סימן ס"ד

בקונה קנין בשבת המוקנה בקו"א כתב די"ש להתיר הבעילה בשבת מטעם שהתירו בבתולה אעפ"י שעושה חבורה משום דהוי דשא"מ דלהנאת עצמו הוא צריך מכ"ש באיסור דרבנן די"ש להתיר הבעילה מה"ט דלהנאת עצמו מיכוין והקנין הוא דבר שאינו מתכוין ומותר לכתחלה ולא אסרו בירושלמי אלא כניסה לחופה דל"ש הנאת עצמו אלא לקנותה לאשתו משא"כ בבעילה ואף דהוי פ"ר אפילו להמג"א בסי' ש"ד שחולק על תה"ד וס"ל אפילו באיסור דרבנן אסור פ"ר מודה בדבר שאיסורו משום גזרה כמו שהביא תה"ד ראיה מהמרדכי דמתיר לשפוך מים אף שיורד לכרמלית דכיון שאינו מתכוין לא אתי להוציאה וה"נ דאסור מו"מ רק משום גזרה דשמא יכתוב כדאיתי' בביצה דל"ז וכיון דאינו מתכוין לא גזרו אה"ד ולא נראה כן מירושלמי ריש כתובות דאמר שם בר קפרא אמר מפני שכתוב בה ברכה ופריך הלא כתיב ברכה בשביעי ומתרץ אין כתיב ברכה בבריות אלא ביום ופריך הא אילו הוי כתיב ברכה בבריות היתה נישאת בשבת לא כן תני לא יבעול בתחלה בשבת מפני שעושה חבורה ומשני מפני שאחרים מתירין ופריך כלום אחרים מתירין אלא בשכנס אבל עד שלא כנס זוכה ע"י בעילה בשבת במע"י והוי קונה קנין בשבת עיי"ש הרי דאוסר הבעילה בשבת כיון שקונה אותה עתה עיי"ש בק"ע ופ"מ ונ"ל דאזיל למ"ד דשא"מ אסור דהא כמו שתירץ דהולך לומר משום שלא כתיב ברכה לבריות למאן דמתיר בעילה בשבת ולא אסר משום חבורה ה"נ י"ל למאן דמתיר דשא"מ ולא אסור משום קנין ומכ"ש אם הותר בחבורה משום דשא"מ ומה שטען המקנה כיון דאינו מתכוין לקנין ליכא למגזר משום שמא יכתוב גם כן אינו לפיר"ש הר"ן ריש פ"ק דכתובות שהיא לא תשמע לו מפני שיודעת דקלה בעיניו להוציאה אם לא כתב לה כתובה וא"ריבה גם לתה"ד דמתיר פ"ר דרבנן י"ל דוקא אם האיסור משום מלאכה כיון דאינו מתכוין אינו מלאכת מחשבת אבל כאן דהאיסור משום שמא יכתוב ל"ש אם מתכוין לקנין או לא דמ"מ שמא יכתוב אם לא תשמע לו בלא כתובה.

גם מה שכתב דיכולים להתנות שלא יזכה על ידי זה בשום זכיה עד שיתיחד עמה אחר השבת כיון שבכיאה אינם רוצים שיזכה בביאה זו שומעין להם דכל האומר א"א בתק"ח שתקנו לטובתי שומעין להם עיי"ש ג"ז נסתר מן הירושלמי דא"כ ל"ל משום דבשביעי ליכא ברכה לבריות דאל"כ היה בועל בשביעי ע"י תנאי זה.

אמנם מ"ש דבזמן התלמוד לא היו נוהגין בחופה שנוהגין עכשיו רק חופת בתולה בהינומא ואלמנה ביחוד דוקא אבל עכשיו דהחופה שוה בבתולה ואלמנה

ואלמנה תחת טלית פרוסה על כלונסת ע״כ קינה גם באלמנה דאל״כ איך מברכין ז׳ ברכות והא הוי הפסק גדול עד היחוד עיי״ש אף דאין מזה הכרה כלל כמ״ש בבני אהובה פ״י סוף הלכה ב׳ דאין זה כברכת המצות דצריך שלא להפסיק אלא ברכת שבח ותפלה לכן יכול להקדימה זמן מרובה עיי״ש דהכריח כן מ״מ י״ל כהמקנה דאל״כ בכדי עושין חופה באלמנה אם אינו קונה וגומר ואף דבזמן התלמוד לא היה זה קנין מ״מ עכשיו דנהגו בחופה קונה מטעם סטיומתא המבואר בב״מ דף ע״ד ובחו״מ סימן ר״א דה״כ ע״כ נהגו בחופה כדי שתהא נקנית לגמרי כשאר נשואה דבכדי לא עביד ועדיין ל״ע דאפשר סטיומתא לא מהני רק בדבר שבממון והירושלמי ריש כתובות אומר כיון דמשכנס זוכה במע״י ובמציאתה ובהפרת נדריה הוי כקונה קנין בשבת א״כ לענין הפרת נדריה מה יועיל סטיומתא אך י״ל כיון דמתחייב במזונות אלא דמ״מ כ״ז שלא נכנסה לחופה לאו ע״ד בעלה נודרת אבל בנשואי דרבנן יכול בעלה להפר נדריה אף שהנדרים מן התורה משום דע״ד בעלה נודרת כמ״ש הר״ן בפ׳ נערה המאורסה דף ע״ג ע״ב ה״נ כאן כיון דנהגו בחופה ומתחייב במזונותיה הוי כנשואי דרבנן דמפר נדריה דע״ד בעלה נודרת כיון דבדעתה תלוי לא גרע מדבר שבממון דמהני סטיומתא ועיין בתוספת פרק יוצא דופן מ״ו ע״ב בד״ה כדרב.

בשעה״מ פ״י מה״א בקונטרס חופת חתנים ק״ג הקשה על הפוסקים דאין חופה לאלמנה מפ׳ הבע״י דף כ״ז ע״ב דפליגי ר״מ אי יש חופה לפסולות ופרשו רב״י ותוספת דקאי על אלמנה לכ״ג ועיי״ש ולע״ד י״ל עפימ״ש בנתיבות סי׳ קצ״ו ס״ג וסימן ר״ז ס״ג בדעת הפוסקים בנשתתפו על דשלב״ל דמהני דאיידי דבעי לקנות גמר ומקנה דדוקא דשלב״ל כיון דלא מלי להקנות עכשיו משא״כ בדבר שבא לעולם דמלי להקנות ע״י משיכה וכסף ובדומה לא קנו בלא קנין המועיל עיי״ש וא״כ י״ל ה״נ בחופה באלמנה כשרה דיש בה קנין ע״י יחוד וביאה של היתר לא אמרינן א״די משא״כ בפסולות דבעל לוקה ואינו קונה כמ״ש הר״ן ריש קידושין הובא בב״ש לעיל סימן כ״ה סק״ג דביאה של איסור אינה קונה וא״כ החופה קונה במה שמתקרבין לביאה דאיידי דבעי לקנות שתהא אשתו דאף דבעל לוקה הרי דעתו לבעול באיסור וכן דעתה ורוצין באישות וזכיית בזוכין זה בזה ע״י החופה דלית בה איסור ומלקות ועיין בפ״ת לעיל סימן וא״ו סק״א בשם שו״ת מנ״ע שפיר קונה כמו בבאו להשתתף דקונין משום איידי לכ״פ והכא אפשר לכ״ע באיידי דמחתני אהדדי עדיף ולפ״ז יש סברא לומר באלמנה כשרה עדיף שהחופה קונה כיון דהשתא א״א לקנות ע״י יחוד וביאה ורוצין לקנות עכשיו י״ל איידי מיהא לפימ״ש לעיל סימן כ״ג ס״ב גם ביאה של איסור קונה להיות כנשואה גם כן ולא אמר הר״ן רק עמ״ש הרי״ף דהערלה עושה נשואה דיליף מיבמה ומכל מקום י״ל כהי דביאת איסור קונה מ״מ אינו רוצה לבעול ולקנות בפני עדים כיון דבעיל לוקה לכן עושה הקנין בפני עדים עכשיו רק ע״י החופה דאינו לוקה ועיין בקידושין דף ע״ח משא״כ באלמנה להדיוט דיכול לעשות קנין בהיתר ע״י יחוד לא קנו בחופה שאינו ביחוד וכן נראה לפימ״ש בנתיבות שם קצ״ו דאיכא דיכולים לעשות קנין המועיל לא אמרינן איידי דאדרבה אמרינן אלו גמר ומקנה היה עושה קנין גמור.

סימן ס״ה

מצוה לשמח כתב מהרי״ל בהלכות נשואין בגוף חתן ביום חתונתו של בחור עדיף מכל רגל ואם יש לו כלים חדשים ופגע בו הרגל לפני החופה לא ילבש עד החופה והובא בכנה״ג ובאה״ע ובפ״ת הניחו בצ״ע לפימ״ש רדב״ז הובא בבאה״ט א״ח סימן לדיק סק״א וכ״ל לפימ״ש לקני הקיומה לחלק בין ציבור ליחיד דביחיד יש לחוש שמא ימות לכן אין מעבירין על המצות ועושה מיד אף דלאח״ז יהא עדיף יותר עיי״ש וא״כ י״ל כאן טעמו של מהרי״ל לפימ״ש הרא״ש ריש כתובות בשם הרמ״ה דיום ראשון של שמחת חתן הוי דאורייתא והנה ברמב״ם פרק שלשים מהלכות שבת ה״א דכבוד ועונג שבת מד״ס דכתיב ע״י נביא וקראת לשבת עונג ולקדוש ד׳ מכובד ובפ״ו מה״י״ט הט״ז כתב כשם שמצוה לכבד שבת ולענגה כך כל יו״ט שנאמר לקדוש ד׳ מכובד ויו״ט נמי נקרא מקרא קודש ומג״א סימן קכ״ע סק״ד כתב אהא דבגדי יו״ט יהיו יותר טובים משל שבת משום דחייב בשמחה והנה חיוב שמחה ביו״ט אינו רק דרבנן דמ״ס ושמחת בחגך היינו בקרבנות חגיגה כמ״ש תוס׳ בפרק אלו מגלחין דף י״ד וכן משמע מרמב״ם הנ״ל ובפ״א מהלכות חגיגה והנה מבואר בא״ח סימן תקל״ה דספק של תורה דוחה ודאי דרבנן וא״כ הכא דשמחת וכבוד חתן בחופתו יום ראשון מן התורה לכן אף דמשהה הבגד עד אז וספק יהיה אז דוחה שמחת הרגל של עכשיו אף דהוא ודאי משא״כ אם שניהם של עכשיו ושל אחר זמן שוין או דרבנן או מן התורה אף דהמצוה של אח״ז עדיף אין להמתין המצוה להשהותה ולי״פ מהרי״ל ורדב״ז ואין להקשות על מהרי״ל מרפ״ב דביצה דפליגי שמאי הזקן והלל וב״ש וב״ה דלב״ש מלא בהמה נאה מניחו לשבת ולב״ה א״ל להניחו וכה״ג הקשה רמב״ן בפירושו עה״ת בפ׳ יתרו על פרש״י בפסוק זכור את יום השבת דאם נזדמן לו חפץ יפה תמינו לשבת דהלכה כב״ה דזה דוקא אם בדעתו לקנות מיד על שבת לכן לב״ה א״ל להניח זה דיש לבטוח בד׳ שיזמין לו הש״י כפרש״י בביצה שם והיינו דאמר שם שנאמר ברוך ד׳ יום יום יעמוס לנו אבל אם אין בדעתו לקנות אחרת כנידון דמהרי״ל גם ב״ה מודו וכן י״ל פרש״י ומהרמ״י שם תירץ דשמאי הזקן והלל פליגי בין במאכל דמלוי בין בכלים דאינו מלוי אבל ב״ש וב״ה ל״פ רק במאכל ורש״י כיונו רק על חפץ שאינו אוכל והלכה כב״ה נגד ב״ש אבל אין כלל זה בפלוגתא דשמאי והלל עלמו עיי״ש והגר״א כתב דברי המזרחי דאין בדבריו מום ושאר ליה מאריה דאגב שיטפיה לא ירד לכונת המזרחי והשיג עליו בחנם עכ״ל.

ויש להביא ראיה להרדב״ז מפלפלי קיבה דאמר אביי אהא דמשמר הכהנים. כיעל בלחה״פ בבע משום דבוצינא טבא מקרא עיי״ש הרי אף דאכילת לחה״פ מצוה מ״מ טוב עתה בוצינא שהוא קטן מלאכול קרא גדול בשבת הבאה וא״כ תקשי על מהרי״ל דילבש ברגל ולהמתין עד אח״כ ללבוש בחופה אף דבחופה מצוה יותר אע״כ כמ״ש משום דכיון דרגל רק מדרבנן וחופה מדאורייתא אבל בלחה״פ דהמצוה שוה. אפילו הכי. עתה פחות משבת הבאה חשוב יותר עתה כאשר אמר בוצינא טב מקרא.

הלכית

הלכות כתובות סימן ס״ו

ס״א קודם שיכתוב לה כתובה לעיל סימן ס״א כתב רמ״א למ״ד דחופת נדה הוי חופה אעפ״י שאינה ראויה לביאה הה״ד אם לא כתב כתובה ותמה בישועות יעקב כאן בפירש הארוך ולעיל סימן ס״א בפירש הקצר הא כתב הב״ש סוף סימן ס״א דאם מודיעין לחתן שהיא נדה גם לרמב״ם קונה וכ״כ בסימן ס״ד סק״ה וא״כ ה״נ הבעל יודע דלא כתב כתובה וגם לרמב״ם מהני החופה ונראה לפימ״ש בנה״מ להוכיח דהא דבשותפין אמרינן דקנו גם בדסלב״ל איידי דבעי לקנות גמר ומקנה דוקא היכא דעכשיו א״א לקנות בקנין טוב אבל אם אפשר ע״י קנין טוב לא אמרינן איידי עיי״ש סימן קע״ו ס״ג וסימן ר״ז קי״ג הוכיח כן מדברי הרמ״א וא״כ ה״נ כאן בחופה דלייתי להדדי ליהנות זה מזה בזכות שיש להם זה על זה הוי עוד יותר מכשהתפו וכהי דחופת נדה כיון שאינה ראויה לביאה ליכא קנין טוב מ״מ איידי דבעי לקנות גמרי ומקני להדדי וה״ד כשיודע שעכשיו היא נדה אבל אם א״י ל״ל איידי דהא כשבור שראויה לביאה ויש קנין טוב אבל לענין חסרון הכתובה הרי אפשר עכשיו לכתוב כתובה דאזי החופה קנין טוב ל״ל איידי ול״ש כשיודע א״ל.

ויקנו מידו בפ״ק דכתובות ר״א שרי למבעל בתחלה בשבת א״ל והא ל״כ לה כתובה אמר אתפוסה מטלטלין, וכתב הר״ן וא״ת והא הוי כקונה קנין בשבת ואפשר מפני תלוה התירו א״נ מבעו״י איירי ולא היה שהות כדי לכתוב לה כתובה עכ״ל והקשו באס״ז ומפרשים למה לא אמר שיקנו מינכו ויש תרלו דקנין קודר המור מהתפסת מטלטלין ואסור בשבת כמבואר באס״ז פ״ק דכתובות דף ז׳ין ע״א ולפ״ז אם עברו וקנו מידו דבדיעבד מהני קנין בשבת כדאיתא בהו״מ סימן ר״ה מותר אמ״כ לבעול.

אמנם נראה כיון דטעם דקנין מועיל דקנין לכתיבה עומד ויכולה לילך אצל העדים שיכתבו לה דא״ל תו לאמלוכי בי כמ״ש הה״מ וב״י דמה״ט שונה דעתה נראה דבשבת או מבעו״י כשאין שהות לכתוב לא מהני דהא מה דהתומת עדים כשר ולא הוי ומ״כ כתוב בהג״ה בפד״א דהעדים שלוחין נהוי מתי כתבו ואפילו בל״ז ג״כ אין כותבין רק מטעם שליחות כמ״ש בשו״ת הרשב״א סימן אלף ע״ג דכי אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד ה״מ אלו בעשאן שלוחין ואפילו אלו אם כתבו פ״א א״י לכתוב פ״ב כיון דכבר עשו שליחותן עיי״ש וכן הוא בפג״פ דף קע״א ובחו״מ סימן ל״ט ס״ה וסימן מ״א ס״א ומ״ב בשו״ת הרשב״א סימן אלף ל״ד בתחלה שהעדים שלוחי מלוה והקונה לב״ג והנה בנזיר דף י״ב מבואר דכל מידי דלא מלי איהו למיעבד השתא לא מלי מבוי שליח וא״כ בשבת או מבעיי כשאין בהות לכתוב לא מלי משוי שליח לכתוב וצריך אחר שבת לשעשות שלוחים לכתוב לכן לא אמר ר״א שיקנו מידו.

ולכאורה רליתי לומר כיון דלא מחוסר מעשה רק זמן דממילא קאתי יכול לעשותן שלוחים שיכתבו אחר שבת לפ״ד רש״י ביבמות דף נ״ד דמחוסר זמן ל״ה דשלב״ל הובא במל״מ פ״ד מה״א ה״ז אמנם המל״מ כתב שם דאפשר לענין שליחות מודה רש״י לתוס׳ ויותר מפורש יוצא מדברי ביב״ת שאה״ע סימן כ״ב בד״ה ומ״ש המל״מ דאם לא מלי עביד השתא לא מלי משוי שליח לעשות אחר כך אפילו רק מחוסר זמן לכ״א.

ועוד אאת״ל דשליחות לא גרע מקנין בדסלב״ל מ״מ לא עדיף מדסלב״ל לר״מ דאינו אל הקנין רק אחר שב״ל ה״כ במחוסר זמן אינו אל עד זמן שיכול לעשותו בעצמו וכן מצאתי בנו״ב שם סי׳ כ״ד בד״ה ומעתה וא״כ אפילו לדעת הפוסקים בחו״מ סימן ל״ט ס״ד דאם קנו מידו תו לא יוכל למחות בעדים ומלכתוב ה״ד כשחל השליחות מיד אליה הקנין לחזק שלא יוכל לחזור משא״כ כאן דלא חל השליחות מיד בשבת יכול לחזור אחר ביציאתו בשבת ולמחות בעדים מלכתוב.

ואפילו לפימ״ש התומים בסימן ל״ט בחורים סק״ט דהוא מתק״ח שלא יוכל לחזור מה שלא נראה כן משו״ת הרשב״א סימן אלף ל״ד מ״מ היינו כשחל השליחות מיד אלמוהו חכז״ל להקנין אבל בשבת דלא חל מיד השליחות וצ״ל לאחר קנין דחל השליחות מיד וגם הוא מלתא דלא שכיח צ״ל לא פלוג שפיר יכול לחזור ולא קמכה דעתה ועיין שו״ת רשב״א סימן אלף רי״א שכתב דכל שטר משטר מקנה ילפינן וכל שהמתחייב בשלו אינו עושה את העדים שלוחין לכתוב אין עדותן שבשטר עדות עיי״ש ואין לומר דמידי דלא מצי עביד השתא לא מלי משוי שליח דוקא אם הוא אינו מועיל אפילו עבר ועביד אבל לכתוב כהי דבשבת אסור מ״מ אם עבר וכתב מועיל חשוב מלי עביד דזה אינו חדא דמבואר בגליון תוס׳ פרק כירה דף מ״ג דבאיסור דאורייתא לא אמרינן שאם עבר ועוד כיון דצריך חתימת העדים והם שלוחין א״כ כשחתמו בשבת י״ל אשלד״ע ואינו מועיל דבטל השליחות ועוד דנעשו פסולין לעדות ופסול השטר ועוד אפ״ת מידי דתליא בדידיה לבד אמרינן דמלי עביד באיסור אבל דבר שצריך עדים להחתים מי ישמעו לו כשרים לעשות איסור דאורייתא ועוד דבר״פ הא״ת שאל הב״ש שליחות מנ״ל ויליף שם מקראי הרי דלוגא זה ה״א דלא מלי מבוי שליח וא״כ אין לנו רק מה דמוכחי קראי כשמלי עביד השתא בהיתר ואינו מחוסר זמן ועיין בשו״ת הרא״ש ח״ג סימן כ״א וסי׳ ל״ז הביא כמה ראשונים דגם מחוסר זמן חשוב דשלב״ל והוכיח דגם רש״י הכי ס״ל ודחה ראיות המל״מ והעלה דכ״ע הכי ס״ל וגם בשעה״מ פכ״ב ממכירה ה״ע הביא ממהרי״ק שרש פ״ט ומהרא״ש ח״א סימן כ״א דס״ל דמחוסר זמן הוי דשלב״ל וגם כתב דמרש״י אין ראיה עיי״ש סו״ר במס״א הלכות שלוחין ס״ט כתב היכי דנשבע שלא לקדש אשה פלונית ועשה שליח לקדש ל״ל מידי דאיהי נ״מ עביד לא מלי משוי שליח כיון דאם עבר ועביד בעלמו מהני רק איסורא רביע עליו והובא בשו״ת מהדורא תליתאה ח״א סימן כ״ה איברא דמח״א הביא שם מתהרא״ה ח״ב דגם זה הוי מידי דלא מלי עביד משום האיסור לא מלי משוי שליח והוא בתים עמוקים ס״ס י״ז והובא בגליון רע״ק לעיל סי׳ ל״ה ופ״ת שם ס״ק י״ג ולא ערערו משמע דהכי ס״ל.

ס״ג או שמחלה לו כתב הב״ש סק״ט בפלוגתא יד המחל עס״ת כדאיתא בחו״מ סימן ס״ה וכותבו לע״ש שם סכ״ג בהג״ה האומר שטר אחד מחול לך הקטון נמחל ולא הגדול ולפימ״ש בנתיבות בדיני תפיסה אות י״א דוקא בבא לזכות מכח הלשון אזי אמרינן דלא מחית איניש נפשו לספיקא ודעתו רק על

על משמעות הברור שבלשונו אבל בספק תרי ותרי המוע״ה ה״כ בפלוגתא הממע״ה.

והנה ברמב״ם פי״ב מה״א אפילו כתבה לו התקבלתי תנאו בטל שכל הפוחת בב״ז וכבר הקשו מפרק החובל דף פ״ט דאמר כל לגבי בעלה ודאי מחלה ועלה בדעתו דוקא כאן דמסופקה אם ימות קודם אם יגרשה לא גמרה ומחלה דאפשר אלמלי היתה יודעת שבעלה ימות בודאי קודם לא היתה מוחלת ומה״ט גם כתיבת התקבלתי לא מועיל ומה דכתב הרמב״ם שכל הפוחת היינו דנהי דאינה מוחלת בלב שלם מ״מ הוא לא נתחייב לה כתובה כיון שהתנה לזה אמר דהכא לעבור על איסור בטל ומכ״ל מחילתה נ״מ דאינו רק מחמת דלא ידעה שיגיע לה כתובה וה״כ הא דהחובל דמכרה כתובתה לאחר דאפילו ימות בעלה קודם אין לה כתובה ודאי גמרה ומחלה דל״ל אלמלי ידעה ומצאתי אח״כ בשיטה״ק כן עיי״ש אך עדיין תקשי מהרמב״ם גופא דבסוף פי״ז מה״א כתב דמוחלת כתובתה הוא מחול והר״ן כתב דוקא אם מגרשה והוא דחוק דדברי רמב״ם משמע אף שאינו מגרשה והב״ש תירץ דבפי״ב דהתנה עמה בשעת קידושין או נשואין שתכתוב לו התקבלתי נ״מ דהוי מתנה עמש״ב ובפי״ז מחלה אחר הנשואין מהני וג״ז ל״ע דהא לר״י במתנה על שאר וכסות מהני דדבר שבממון מהני מחילתה ובכתובה דלא מהני משום דבב״ז א״כ גם כשמוחלת אח״כ מ״מ הוי דבר איסור כשאינה מגרשה ולמה יועיל מחילתה אז יותר וכ״ל לפימ״ש תוס׳ בפרק אעפ״י דף כ״ו דמתנה עמש״ב תנאו בטל דוקא כשמתכוין במזיד לעקור ד״ת עיי״ש א״כ בשלמא בתנאי בשעת קידושין או נשואין הרי כתהו ע״ד לדור ביחד בלא כתובה באיסור בב״ז ול״ל שמא שוגגין הן דאין יודעין שיש איסור. דא״כ נמי י״ל דהתנאי בטל דהוי מחילה בטעות דאלמלי ידעי שיש איסור לא היו מתנין וכמ״ש כה״ג בהג״א פרק אזה נשך בדף ס״ו ועכ״פ מ״מ ל״ד לתנאי בגוב״ר דלא נתכוין לעקור ד״ת וגם לא היה בטעות אבל כשמוחלת אחר הנשואין י״ל דלא נתכונה לאיסור רק היה בדעתה שלא לדור עמו ואף דאח״כ דרה עמו אמרינן אימר השתא נשתנה דעתה והממע״ה ותו ל״ל דלא ידעה ומחלה לפימ״ש הרא״ש בב״מ דף כ״א בהא דפליגי רו״ב בעי״ג שלא יהא לך עלי אונאה דק״ל לרב דהתנאי בטל משום דלא ידע ומחיל דהלכה כרב אף דבעלמא בממון הלכה כשמואל נגד רב מ״מ כיון דאונאה הוי איסור הלכה כרב וא״כ כשמוחלת אחר נשואין ודעתה שלא לדור עמו לית במחילתה איסור לא איכפת לן מה דלא ידעה ומחלה ול״ל כיון דדרה עמו אח״כ הוכיח סע״ת דהא קי״ל דזה הוי ספק אם כיתא הוכיח סע״ת עיו״ד סימן ד׳ ס״ב ועוד ל״ל בזה לא ידעה ומחלה כיון דאמרינן שמא היה בדעתה שלא לדור עמו י״ל ומש״ה מחלה הכתובה כדין שתהא קלה בעיניו לגרשה בלא כתובה וא״כ ל״ל אלמלי ידעה בודאי שיגרשה לא היתה מוחלת וא״ל הא אם תטעון כשמחלתי היה בדעתי לדור עמו באיסור או טעיתי ולא ידעתי שיש איסור יהא. הבעל כא״י א״פ דחייב דזה אינו דהאחרונים בחו״מ סימן ע״ה ס״ע העלו היכא דלא ה״ל למידע פטור ובזה א״ש מ״ש הרמב״ם והובא לקמן קס״ה ס״ה ותביאו הב״ת גם הוכיח מהטור דאפילו דרין אחר מחילתה מ״מ מחילתה מועיל ובית יעקב הקשה על הב״ש בין תנאי בשעת נשואין למוחלת אח״כ דהא לרב דיתי בפ׳ אעפ״י דף כ״ז בסוף ביאה ד״ה אינה מוחלת ולהב״ש דכתב דיד המוחל עה״ת ס״ל לפסוק כר״ד ולא כרבין ויפה הקשה אך לפימ״ש א״ש דהתם מיירי בסוף דומיא דתחלה דפרשו להדיא שידורו יחד בלא כתובה ועד״ז מוחלת וגם לשון הפוחת משמע דהבעל פיחת כמ״ש תוס׳ שם דף כ״א ועלה קאי כמי דרב דיתי והיינו דלא רלה לדור עמה רק אם תמחל לו כתובתה ואף דכתב הרשב״א בתשובה הובא בב״מ סוף פי״ז מה״א דמחילתה בטלה משום דהוה מחילה באונס י״ל אה״נ זה טעמו של ר״ד דמחילתה בטלה או שהיא באופן שיש לו טענה עליה שלא לדור עמה ועי״כ מוחלת לו וכעין שכתב בשו״ת הרא״ש שבעור ש״ק ק״ח ולפי הנראה לדינא דגמרא דמותר לישא אחרת עליה אפילו יש לו בנים אם אמר שתמחל לו הכתובה וא״ל ישא עוד אבה לא חשיבה אונס כיון דבדין יכול לישא שיחדתו כדי שידור עמה לבד ומ״ש הרא״ש כיון שלא קיים פ״ו בדין יכול לישא אחרת עליה משום דכ״מ אחר תקנת רגמ״ה.

אמנם בלא״ה כ״ל לתרץ קושית הבית יעקב ומעל הב״ש דז״ל הגמרא שם דף כ״ז רב דיתי אמר ר״ש ב״פ אריב״ל משום ב״ק מחלוקת בתחלה אבל בסוף ד״ה אינה מוחלת פרש״י מחלוקת דר׳ יהודה ור׳ יוסי דר״י ס״ל דוקא בכתבה לא התקבלתי ור׳ יוסי ס״ל אפילו ע״פ מוחלת בתחלה אבל בסוף ד״ה אינה מוחלת שכבר זכתה אא״כ כתבה שובר התקבלתי ור׳ יוחנן אמר בין בזו בין בזו מחלוקת ומפרש ר׳ יוחנן דברי עלמו בין בתחלת חופה בין בסוף חופה מחלוקת ותחלה דאריב״ל תחלת חופה ומאי סוף סוף ביאה כי אתא רבין אמר מחלוקת בסוף חופה אבל בתחלת חופה ד״ה מוחלת ור׳ יוחנן אמר בין בתחלת ביאה בין בסוף ביאה מחלוקת עיי״ש ונתקשו באה״ז בפירושא והפלאה הקשה לר״ד דבסוף ביאה ד״ה אינה מוחלת בע״פ משום שכבר זכתה א״כ בסוף חופה נמי כבר זכתה ולי קשה עוד הא אפילו בתחלת חופה כבר זכתה דתחלת חופה קונה כמ״ש הרא״ש לעיל בדף כ״ו שם והובא בחמ״ח לעיל סימן ק״א וכ״כ הפנ״י דתחלת חופה כבר זכתה ולא שייך תנאי רק הפלוגתא אי סגי במחילה בע״פ ונראה לפי דעת הירושלמי ר״פ אעפ״י דגם אחר נשואין אמרינן הא דרב גידל דהן דברים הנקנין באמירה ואמר שם עד כדון כשלא בעל נקנין באמירה משום חיבת הביאה שיבעול וים שם בק״ע שתי גרסות דלחד גרסא עדיף כשכבר בעל מקנה באמירה משום בעילה ראשונה שעבר וחד גרסא עדיף כשלא בעל עדיין עיי״ש וא״כ הסברות שקולין ובזה פליגי כאן דר״ד מחלוקת אי סגי למחול באמירה לבד אחר שזכתה לפני הביאה כיון שעדיין לא בעל ס״ל לר׳ יוסי דסגי למחול באמירה דהן דברים הנקנין באמירה משום חיבת ביאה שיבעלנה א״כ דהא לירושלמי מתחייב הוא לה בלא קנין משום דרב גידל כמ״ש דמהני מחילתה משום חיבת ביאה ור׳ יהודה ס״ל כיון דכנסה לחופה תו ליכא משום דר״ג אבל בסוף ביאה ד״ה אינה מוחלת דאחר הביאה תו ליתא דרב גידל ולרבין ס״ל לר׳ יוחנן אפילו בסוף ביאה מחלוקת דלר׳ יוסי מוחלת באמירה שהן דברים הנקנין באמירה משום חיבת בילה ראשונה העבר והנה הר״ן כתב בר״פ אעפ״י דמוכח מהש״ס בבלי דאחר נישואין ליתא משום דרב גידל דלא כירושלמי והיינו מדאמר שם בגמרא דאמר לעדים

לעד״ס כתבו וחתמו וסבו ליה כריכין לאתלוכי ביה דמיירי בכותב כתובה לאשתו ומוסיף לה הרי דאחר נשואין לא נקנה במחילה עיי״ש וא״כ ממילא ליתא לכל האי שקלא וטריא דרב דימי ורבין ור׳ יוחנן דפליגי אימת נקנה במחילה אחר נשואין וא״כ כיון דפלוגתת ר׳ יהודא ור׳ יוסי אי מוחלת במחילה ע״כ מיירי אחר נשואין לענין מחילה ולא לפני נשואין לענין תנאי וכמ״ש הפנ״י וכן נראה דלפני הנשואין לא מצית למחול דעדיין לא זכתה והוי דשלב״ל וגם כתיבת התקבלתי לא מהני וע״כ הא דאמר ר׳ יוסי דגם בע״פ יכולה למחול משום אף דכבר זכתה סגי במחילה בע״פ והלכה כרבי יוסי נגד ר׳ יהודא וכדברי הבית שמואל ובזה מתורץ מה דהשמיטו הרי״ף והרא״ש הא דרב דימי ורבין אלא דעדיין קשה למה לא הביאו פלוגתא דר׳ יהודא ור׳ יוסי דמינה אנו למדין דסגי באמירה למחול כרבי יוסי וכמ״ש הר״ן ומה דכתב הרמב״ם בפי״ז מהלכות אישות דמוחלת כתובה לבעלה סגי באמירה כתב הס״מ בפ״ה מהלכות מכירה דיליף מפ״ק דקידושין דע״ע גופו קנוי דאל״ה א״ל שטר וסגי כשאומר לו רבו זיל הרי דשעבוד א״ל למחול בשטר או בקנין ונ״מ הרי הרי״ף בקידושין לא הביא הך מימרא ומשום דע״ע אינו נוהג רק בזמן שהיובל נוהג.

ונ״ל ראיה דיכולה למחול הכתובה באמירה בעלמא דבב״ק דף פ״ט אמר רבא הלכתא טוה״כ לאשה ופריך למה כשהבלה באחר פטורה תובין כתובתה בטוה״כ ומשני כל לגבי בעלה מחלה והקשו תוס׳ הא הייבת מדד״ג ותרלו דאין לה ובספרי ערך ש״י לחו״מ סימן ס״ו כתבתי הא דלוה פטור כשאין להמוחל לשלם היינו דמחילה רק סלוק שעבוד בעלמא ואפילו בעל כרחו של לוה החוב מחול כמ״ש המח״א בפ״ז והפקל ס״א מהתוס׳ בפ״ק דקידושין דף י״ט בד״ה אומר הדם וכ״ז אם נמחל מכח סלוק באמירה אבל אם אין נמחל רק בכתובת שובר א״כ הוי כשטר ונקנה דלריך שיבא השובר ליד לוה ויקנהו כמ״ש בחו״מ סימן קל״א וא״כ בלא רלון הלוה אינו קונה בע״כ והרי לוה מסייע בגרמית הסיזק ואף למיכוין לטובתו חייב כדמסקי הפוסקים בחו״מ סי׳ ס״ו סכ״ג ואף דלוה אינו עושה מעשה בקבלתו השובר ובהסכמתו נ״מ הרי אפילו כשאמר הלוה ללוקח לישתבע לי מלוה דלא כפרע ואינו רולה לישבע הייב הגלוה מדד״ג כדאיתא התם ס״א ובש״ך בס ס״ק ל״ז ובס״ק ק״ט מן הריא״ז בש״ג כ״ש זה הלוה דבלא קבלתו לא היה מועיל המחילה וא״כ בהזיקו שניהן דשניהם חייבים ואם לית לו לזה גובה מהשני וכהי דעיקר הגורם הוא המוחל דהמקבל לא עביד מעשה כולה האי כמ״ש ר״ן בנדרים דף כ״ה בד״ה למעול מ״מ כשאין למוחל לשלם יתחייב המקבל וכמ״ש כה״ג בש״ך חו״מ סימן של״א סק״א עיי״ש וא״כ מה קאמר כל לגבי בעל ודאי מחלה אע״ב דמועיל המחילה בדיבור בעלמא גם בכתובה והרי״ף בפרק החובל הביא שם האי גמרא ממילא לא היה לריך להביא הך פלוגתא דר״י ור׳ יוסי ופלוגתא דר״ד ורבין וס״ל לרי״ף דבכתובה ל״ל לא ידעה ומחלה היכא דלא מכרה הכתובה ואלמלי ידעה שיגיע לה הכתובה לא היתה מוחלת כמ״ש לעיל אלא כיון דיודעת שעי״ז קלה בעיניו להוליאה חשובה יודעת כמ״ש התוס׳ בב״מ דף כ״א.

והנה דעת הב״ש דרק תנאי של הבעל לא מהני ומה שכתב הרמב״ם גם בכתבה התקבלתי ל״א מיירי נ״כ שהתנה עמה הבעל שתכתוב לו כן והוא דחוק וכ״ל דיל״ד למה נקט ר׳ יהודא דתכתוב התקבלתי מה שאינו אמת הל״ל שתכתוב לו שמוחלת לו גם רמב״ם בפי״ז מה״א כתב דאם מחלה לו מחול ובפי״ב כתב דכתבה התקבלתי דהיה יכול לומר בשתי המקומות בחד לישנא דכתבה או אמרה התקבלתי או כתבה או אמרה דמוחלת לו לכן נראה לפמ״ש תוס׳ בב״ק דף ק״ד ע״ב בד״ה אגב דאודיתה לא קניא מדאורייתא ועיין קצוה״ח סימן קל״ד וספר מלל מאם סי׳ יו״ד אשתמיטתיה דברי תוס׳ הללו ומצאתי בברכ״י חו״מ סי׳ מ״ס שהקשה כן על המלל מאם והנה ברמב״ם פ״ב מזכיה הלכה יו״ד כתב שכ״מ שלוה ליתן מתנה לעכו״ם אין שומעין לו והביא המל״מ שם ונמו״ת הר״ן כמ״ו דתק״ח במקום איסורא לא תקון וא״כ ה״כ ז״ש הרמב״ם דגם אם כתבה לו התקבלתי והיא לא נתקבלה תנאו בטל שכל הפוחת לבתולה ממאתיים ולאלמנה ממנה הרי בב״ז וה״ט דהודאה רק קנין דרבנן ובמקום איסור לא מועיל ור׳ יהודא דלא ס״ל הא דכל הפוחת קמ״ל דמהני אם כתבה לו התקבלתי דליכא איסור אבל אם היה אומר דמהני מחילתה אין מזה ראיה דליכא איסור ואף די״ל כיון דכתבה לו התקבלתי הרי אומדנא דמחלה לו מ״מ י״ל כיון דבאתה לעקור תק״ח ועשו חיזוק לדבריהם כשל תורה כמ״ש הס״מ א״כ לא מועיל אומדנא עד שיפרש וכמ״ש הסמ״ע בחו״מ סי׳ רמ״ז סק״ד וכה״ג כתב בסמ״ע סי׳ רפ״א ס״ק כ״א ובתשובת הרא״ש וז״ל הרא״ה באס״ז ר״פ אעפ״י והיא כותבת לו התקבלתי אפשר דהתקבלתי לאו דוקא דהא שקרא הוי ואם בא לב״ש חייב להת לה הכל אלא כלומר כאלו התקבלתי ומחילה היא דקאמר דמחלה לו ומסתברא דהיינו מחילה כיון דהודה דפרעה דעתה דמחלה ליה עכ״ל הרי דאינו אומדנא ברורה דמחלה גם הוקשה לו למה נקט התקבלתי ובתשד״ס אה״ע סימן קע״ע הובא בבנה״ג להגה״ע כאן הביא ופסק מהריב״ל על אשה שהודית במליה שהחזיר לה הבעל הנדן שנתן אביה וכשבאו לדין הודה הבעל שלא החזיר רק בא להפטר מחמת הודאתה מתקנת השבון ופסק מהריב״ל דחייב הבעל לשלם להאב ורשד״ס חלק עליו בראיות שפטור מחמת הודאתה וק״ל להמעיין שם שכל ראיותיו אין מכריחין רק לומר דזכה הבעל מחמת אודיתא דהוי כקנין אבל לא דאומדנא ברורה דמהלה לו וכן משמעות הרבה ראשונים דאינו מחילה כדאיתא בב״ך חו״מ סי׳ ס״ו וסי״א סקל״ד.

והגם שאיני כדאי להכריע בין רשד״ס ומהריב״ל מ״מ לענ״ד הדין עם מהריב״ל דמה שהוכיח מהרשד״ס מן הריטב״א ר״פ אעפ״י דהודאה שקיבל אף דידוע שלא קיבל פטור מן החוב אפילו יש בו שבועה וכן ממ״ש המרדכי פ״כ בשם מהר״ס אם אמר ראובן לשמעון אני חייב לך מנה ושמעון אומר ודאי אינך חייב לי שאפילו אין שמעון מוחל ראובן פטור אעפ״י שראובן יודע שחייב לו וכ״כ הטוח״מ סי׳ ע״ה ורא״ה מטענו חטים והודה לו בשעורים עיי״ש אינם ראיות לפימ״ש הטו״ז ביו״ד סי׳ קס״ט ס״ק י״ד דגבי ממון אדם נאמן לחובתו והודאות בפ״ד כמאה עדים דמי אעפ״י שאנו יודעים שהוא משקר וכמ״ש בחו״מ סי׳ ק״ג ס״ב אבל זהו בודאי אינו שיועיל לאפקועי איסורא בשביל שקר שלו עיי״ש וכן הביא ממקו״ח סי׳ תמ״ח מחידושי רשב״א בפ״ק דקידושין

דקידושין דף י"ט וא"כ התקנת השבון חצי נדן לאב דנעשו בשבועות וחרמים ואלות בש"ת כמ"ש בשו"ת כנס"י שאלה ע"ט ומהמרדכי וכל בו ובכיוצא זאב ומ"ב והר"ן אף שכתב מהרי"ל במקום שאין החוב חל גם השבועה אינה חלה ולכך בנשבע לשלם ביום פלוני פטור אם הגיע שמטה בנתיים או מחל לו או אינו בעיר המלוה כדאיתא בחו"מ סי' ע"ג ס"ז בהג"ה ובש"ח דבר זה לא שייך בחרמים ושבועות שעשו ר"ת והשו"ס את"ד הכנס"י והתשובות שם והיינו כמ"ש הסמ"ע בסימן ע"ג שם משום דאמרינן אדעתא דהכי לא נשבע וה"ד בנשבע בעצמו ולא בתקנות שעשו הגדולים והאבי האשה לא סודה בעצמו רק האשה והרי הבעל מודה עכשיו שלא החזיר לה הנדוניא ואינו יוצא מידי האיסור ואחא"ל דמלבד האיסור לבד אין להוציא ממון ועיין חו"מ סי' פ"ז סכ"ה בש"ך סקנ"א ובתומים שם ס"ק כ"א ובנה"מ ס"ק י"ב מ"מ כיון דיש איסור בזה לא הוי הודיתא שוה קנין כמ"ש לעיל וגם מחילה ליכא כיון דלא פירשה בפירוש דמוחלת ל"מ אומדנא לעקור נחלת אבות דהוי כמו לעקור ד"ת כיון שנעשה התקנה בחרם ובשבועה וכמ"ש בטו"ז יו"ד סי' רכ"ח ס"ק מ"ב ואף לפי מה שחילק שם הטו"ז מ"מ בכ"פ הוי כתקהז"ל.

ובגוף הודאתה ל"ע כיון דהאב נתן הנדן ע"ד המנהג להחזיר לו החצי אם תמות בתו וכתב ריא"ז בב"ג פרק מציאת האשה דיורשי אביה יכולין לעכב על הבעל מלמכור בנכסים המשועבדים לכתובתה שכמו שהבעל משועבד לאשתו אם תתאלמן או תתגרש כך הוא משועבד ליורשי אביה אם תמות בלא בנים והובא לעיל ס"ס כ"ג עיי"ש וכהי דס"ל למהריב"ל אם החזיר לה הבעל הנדוניא שנתן אביה פטור כיון שלא נשאר בידו ואין בזה משום ותם לריק כחכם מ"מ י"ל הודאתה לא מועיל כמו מלוה שאומר שטר אמנה או פרוע אינו נאמן כשחב לאחריני כדאיתא בפ"ב דכתובות דף י"ט ה"נ חב לאביה ואפשר אם היה הבעל טוען דבאמת החזיר לה כמו שהודית היה נאמן מתוך שמפסדת לעצמה בהודאתה אם תחיה לא יהא לה הכתובה כשתתאלמן או תתגרש גם תהא קלה בעיניו להוציאה ול"ד להא דחו"מ סי' ע"ג ס"ה דאין שותף נאמן נגד חברו לומר שהלוו מאחר דהתם נוגע בעדותו עיי"ש אבל כאן אינה מרוויחת ואדרבה מפסדת וכדאמרינן בגיטין בסופר שאמר שכתב שלא לשמה מתוך שנאמן להפסיד שכרו נאמן לגבי לוקח לפסול את הס"ת וג"ז ל"ע דיש לחוש לקנוניא ומ"מ כיון שהבעל מודה שלא החזיר ל"ל בזה הוי הודאות ב"ד כמ"ע דמי כיון דמחייבת לאביה להפקיע שעבודו ובפרק איזהו נשך דף ע"א ע"ב בלאן בדזל איתא כיון דאי לא משכח נכרי זוזי תפיס לוולדות הוי יד נכרי באמצע ופטורין מן הבכורה דחשיבי כאלו נכרי שותף ה"נ כיון דנתן האב הנדן ואם תמות בתו בחיי בעלה חוזר חצי הנדן לאביה עדיין יד אביה באמצע.

עוי"ל הא דמהריב"ל היה מאמינה אם לא היה הבעל מודה לאו משום הודאות בע"ד כמ"ע אלא משום מגו דיכולה למחול לו דמשום הודאות בע"ד ל"ל כיון דחב לאחרינא דהיינו לאביה דהרי משועבד נדונייתה לאביה כמ"ש ריא"ז דאין הבעל יכול למכור ומוכח שם דאפילו ברצון אשתו אי למכר וכ"כ בה"י לעיל ס"ס כ"ג ואף די"ל לריא"ז במו דא"י למכור ה"כ ל"מ מחילתה דאם יכולה למחול למה לא יועיל מחילתה מ"מ י"ל נהי דיכולה למחול לבעלה אז כלה השעבוד דהתקנה לא נתקנה שלא תוכל למחול דזה לא שכיח דמפסדת גם לעצמה דלא תוכלא מתוכה כשתתאלמן או התגרש אבל כשלא מחלה השעבוד של האב קיים ואחא"ל דיכולה למכור מ"מ בהודאתה מפסדת מיד לאביה דכמו דיכולה למכור כתובתה בטוה"כ דשמא ימות הבעל קודם כן יכול האב למכור זכותו בחייה בטוה"כ דשמא המות היא קודם ואף דיכולה למחול מ"מ לא מועיל הודאתה מצד הודאות בע"ד כיון שחבית לאביה וראיה לזה מן התוס' בכתובות דף י"ט הסא דהאומר שטר אמנה דהקשו נהימנה במגו דמחל ללוה והרי אף דמחילתו מועיל מ"מ אינו מועיל הודאתו כשחב לאחריני וא"כ כיון דלאמנותה רק מכח מגו שפיר פסק מהריב"ל דאם הבעל מודה הרי משקרת ומה לנו במגו שלה דהמגו אינו מועיל רק שנאמר דקושטא הוא.

עוי"ל חזקה אא"ח ולא לו כדאיתא בשבועות מ"ב ע"ב בשכ"מ שהקדיש נכסיו וא"כ אמר מנה לפלוני בידי אלא דכתב הנמ"י בשילהי ב"ב דדוקא כנגד הקדש נאמן דא"א עושה קנוניא על הקדש אבל אם חייב לאחרים בשטר ואומר דחייב לפלוני מע"פ מוקדם אינו נאמן והפמ"א הקשה הא גם כנגד הדיוט אמרינן חזקה אא"ח ולא לו כדאמרינן פ"ק דב"ת בההוא רעיא ותירץ הפעמ"ם ס"ס רכ"ה דהתם מועיל חזקה דאא"ח לענין שלא לפסלו דיש לו חזקת כשרות משא"כ להוציא ממון עיי"ש וא"כ הכא דבעל מוחזק כאמנת מחמת חזקה דאא"ח ולא לו אבל מחמת הודאות בע"ד אין להאמינה כיון דחבית לאביה ואם הבעל מודה דבשקר הודית מגילא בטלה הודאתה דהחזקה אינו מועיל רק לומר דקושטא אמרה ואף דבלאו, תירוץ הפעמ"ם י"ל קושית הפמ"א לפמ"ש הבית יעקב בכתובות דף כ"ג דהא דאמרינן בקידושין דף ס"ג דנאמן ליתן גט משום חזקה דאא"ח ולא לו ה"ד כיון שהוא עושה מעשה נותן לה גט ומתירה עיי"ש וא"כ שאני בההוא רעיא דלא חשדינן לו שרועה הבהמות בשדות אחרים כיון דהוא בעל מעשה מ"מ ודאי חזקה דאא"ח יש אפילו כשאינו בעל המעשה כמו בהקדים ואח"כ אומר מנה לפלוני בידי אלא לגבי להתיר א"א לא סמכינן אהך חזקה כשאינו בעל מעשה ולכאורה י"ל גם לתירוץ הפמ"א דלגבי הדיוט לא סמכינן על חזקה דאא"ח דרוצה בטובת יורשיו יותר מאחרים א"כ בנידון מהריב"ל דהכ"מ רק בין הבעל לאביה ל"ל כן אלא דאפשר אוהבת הבעל יותר ורוצית בטובתו אחר מותה יותר וכן י"ל אם כ"מ בין הבנים ול"ע בזה.

בהג"ה ולפי המנהג בקו"א הפלאה כתב לפמ"ש הרא"ה בכתובות דף כ"א ע"ב דאם היה מותר לפחות מאתיים ומנה נאמן הבעל לומר שהתנה עמה לפחות וא"כ הכא לענין תוס' דמותר לפחות נאמן לטעון שהתנה לפחות את"ד ולא נראה דהא מבואר בחו"מ ס"ס ש"ל טען האריס שהתנה ליטול החצי ובעל השדה טוען שהתנה ליתן השליש הולכים אחר מנהג המדינה הרי אם האריס מוחזק בפירות מ"מ אם המנהג ליתן רק שליש מוציאין מידו ואם בעל השדה מוחזק אם המנהג ליתן החצי מוציאין מידו הרי דלא מהני טענת ברי אפילו במוחזק וכן מבואר בירושלמי פרק השוכר את הפועלים ה"א דאם המנהג להשכים ולהעריב בעה"ב

כופן

כופן אף דטוענים ברי ובמקום שנוהגין שלא להשכים ולהעריב א״י לכופן ואמר עלה זאת אומרת דלא אמרינן המע״ה כשטוען נגד המנהג ול״ל דהכא אינו מנהג ברור דא״כ איך יכופו לבעל לכתוב כתובה גדולה אפילו אינו זוכר כיון שמוחזק ואפשר אם האשה אינה טוענת ברי ובעל טוען ברי אין מוליאין מידו דלענין אריס ופועלים מיירי להדיא כששניהם טוענים ברי ואף דמגו לא ומהני אם טען שאינה המנהג כמ״ש כמ״י פרק המקבל דף ק״י אפשר ברי עדיף ואף דמהרא״ש שהובא בש״ך בכללי מגו אות ב׳ תפ״ח דפאה דמגו ל״מ מוכח אפילו טוען ברי ואידך שמא מ״מ שא״ה דלא שייך חזקת ממון משא״כ כשמוחזק טוען ברי ואידך טוען שמא לא מועיל מנהג להוליא ממנו ועוד דדחה הש״ך שם הראיה מפיאה עיי״ש והתוס׳ ר״פ המניח כתבו דגם רב דס״ל הולכין בממון אחר הרוב להוליא מ״מ אם המוחזק טוען ברי נגד שמא מודה רב ומ״מ י״ל מנהג עדיף מן רוב דהא אנן קי״ל אין הולכין בממון אחר הרוב ואחר המנהג הולכין והכנ״י והאר פוסקים הובא בש״ך שם כתבו דמגו ל״מ נגד מנהג דהוי כמגו במקום עדים א״כ משמע גם ברי לא מהני נגד שמא אף דודאי ל״ד בעדים ממש דהא לריך לישבע היסת אף דמנהג מסייעו ובתומים בכללי מגו אות לדיק כפל ושילש דמנהג אינו כמו רוב דרוב עדיף עיי״ש והוא תמוה דהא אנן קי״ל אין הולכין בממון אחר רוב אבל אחר מנהג הולכין כדמוכח מההוא דאריס ומהירושלמי אלא אם המנהג רק מן הרוב וחזינן מיעוט דלא נהגו כן אזי אין מוליאין ממון מכח המנהג וכ״כ בפו״כ ומהרא״י סי׳ רכ״ט.

ובתה״ד סימן ר״ז לענין שבלונות כתב אפילו החתן והכלה אומרים דלא קידם מקודם אין כאמנים היכא דמנהג לקדם והדר מסבלי כיון שאומרים תמורת מהמנהג והטוען תמורת המנהג אפילו במגו אינו נאמן דהכי פסק א״ז בפרק הפועלים ומרדכי פרק המקבל בשם ר״ח ושערי דרה״ג עיי״ש וילע״ע אמאי ראיה דא״ז ור״ח הא מיירי בהכחשת בע״ד בברי וברי משא״כ בידון תה״ד דליכא מי שיכחישם ול״ל כיון דגם במגו אינו נאמן וע״כ דהוי כמגו במ״ע ממילא גם ברי ואין מכחישו כמי אין מועיל ולהכי מייתי התה״ד הך דא״ז ור״ח דגם במגו א״כ אף דבכדון התה״ד לא מיירי כלל לענין מגו ועוד לכמה ראשונים מועיל מגו להוליא פלאית׳ בחו״מ סי׳ פ״ב סי״ב ולכ״ע בו״ם לאו ברי עדיף דהא קי״ל כר״כ ור״י כדאיתי׳ בחו״מ סימן ע״ה וכיון דא״כ במגו לשנות המנהג כ״ש בברי נגד שמא והרא״ה שהביא הכ״ל לא מיירי כלל במקום מנהג.

סי״א בהג״ה ויש מקומות כתב ב״ש ס״ק כ״ג שנוהגין בקראקא לכתוב הוספה שלים חוץ ומלבושים ותכשיטים השייכים לגופה ולכאורה קשה מה יועיל הכתיבה למה שלא היה בשעת כתיבה דהא הוי דשלב״ל והיוב ליכא דהא לא נתחייב לקנות לה ועיין לעיל סי׳ כ״א ומלאתי שעמדו בזה בכוב״ת בחא״ע סי׳ ק׳ ושו״ת גבעת שאול ופ״ת הובאו בפ״ת כאן ולקמן סי׳ ל״ע ונראה לפימ״ש הריב״ש בס״ס שמ״ה כיון דרגילין לעשות כן מועיל משום מנהג דקונה גם בדשלב״ל ומטבע וא״ל שהתנו עליו בפירש בני העיר אלא קונה מחמת סטימותא עיי״ם ודבר זה איסתמיט לכתיבות בסי׳ ס״א והאחרונים הכ״ל אפשר מיירי במקומות שלא נהגו לכתוב כן רק אירע באקראי באחד כתב כן אלא ומר״ם תמהתי על מה שנהגו לא משמע כן וא״כ איסתמיטתיה דברי הריב״ם.

והבית יעקב כאן כתב דאף שכ״כ בכתובה מ״מ לריכה להביא ראיה שהקנה לה לגמרי ומ״מ מועיל הכתב באלמנה אף שהקנה לה מ״מ אדעתא למשקל ומיפק לא אקני לה ולזה מהני הכתב שכתב לה השייך לגופה שלא יקחו ממנה כשתלא ממנו אבל מה שנותן לה סתם להתקשט אינה זוכה בהם דהא מבואר בחו״מ סי׳ ל״ז דטבעות ותכשיטין בע״ח גובה מהן וכתב הסמ״ע הטעם משום דדברים כאלה ודאי לא אקני לה רק כשילטרך למוכרם ימכרם וכיון דהלינן בזה לענין בע״ח ה״ה לגבי בעל אמרינן דלא אקני לה רק שנתן לה בקתם להתקשט עד שילטרך למוכרם ובכלל השייך לגופה לא משמע רק אותן שהקנה לה בפירש שיהיו שלה דלא כימא אדעתא למשקל ומיפק לא אקני לה ובכל ספק שבשטר יד בעל השטר עה״ת עכ״ל ולא משמע כן בבו״ב הנ״ל ונראה משום דלומר מה שכתב חוץ מהשייך לגופה קתם נ״ל דהכונה אם יקנה לה דזה הוי דברים שבלב ואינו ענין ליד בעהש״ע עה״ת דה״ד אם יש ספק בלשון עלמו לא נומר דהיה כונתו איזה תנאי מה שלא נזכר בלשון וכמו במשנה דקידושין דף ס״ב ושם בגמרא דף כ״ן ומה שהביא מהסמ״ע ז״ל הסמ״ע שם ס״ק ס״א דבגדים יקרים הללו אינו מקנה להן ומסתמא אלא על דעת שאם ילטרך להן יקחו מידן וימכרם ומש״ה בע״ח גובה מהן עכ״ל וכתב בפו״ת פ״ת סי׳ ס״א דבע״ח גובה מהן ומשום דמסתמא גם לענין זה לא הקנה להן שיוכעל דלת לפני לוין שאם לא יהא המלוה בטוח להפרע מהן לא ילוה לו בעת דחקו עיי״ש וא״כ באמת מקנה להן רק דיש אומדנא דע״ד זה מקנה דפשיטא אין דעתו שימות ברעב והיא תתקשט אבל לענין שלא תקחם אחר מותו ליכא אומדנא זו ונהי באם ל״כ לה שיהיו שלה תכשיטין השייך לגופה מכח סטימותא.

ומ״ש הבית יעקב ועוד יש לחוש שמא לקחה אותן בעלמה להתקשט כיון שהיא נושאת ונותנת ג״כ אינה טענה רק אם לא נתקשטה בפניו אבל אם ראה וידע הן בכלל השייך לגופה כיון דהניחה להתקשט בהן.

סימן ס״ז

סעיף ב׳ טענת בתולים אפילו י״ל עדים שלא נסתרה עם הראשון הכי איתא בברייתי׳ פ״ק דכתובות סוף דף י״א ובמשנה שם לא נזכר אפילו יש עדים וכן סתמו רי״ף ורמב״ם וכתב ב״ש דס״ל כשיש עדים הפסידה הכתובה ובש״ס פריך מעיקרא על הברייתא וכיחוש שמא תחתיו זינתה ומשני רב שרביא כגון שקידש ובעל לאלתר ואיכא דמתני לה אמתניתין דפריך רב שרביא וליחוש שמא תחתיו זינתה ומשני ר״פ כמ׳ הכי ורמב״ם ורא״ש ורי״ף לא הזכירו כלל הא דקידש ובעל לאלתר וכ״ל מה דלא כתבו אפילו יש עדים דפסקו כסתם משנה ולא כהברייתא מדלא הוזכר במשנה פליג אברייתי׳ ומתניתין עדיף וא״ת״ל דאין הכרע מ״מ אין להוליא מהבעל המנה כיון דלהמשנה כשיש עדים הוי כנכנה בחזקת בתולה וכמלאת בעולה אפילו מנה אין לה.

ומה שהשמיטו תירוץ דר״ש דיל״ד מה הוקשה לש״ס שמא תחתיו זינתה הא קי״ל כרבינא בבכורות דף כ״ף דלא אזלינן בתר רובא דתלי במעשה וכתב רמב״ן

רמב"ן שם דמיעוט דלא תלי במעשה עדיף מרובא דתלי במעשה ועכ"פ מוכרח דשקולין הן וא"כ אם התלוי במעשה עם שאינו תלוי במעשה מחלה על מחלה חשוב זה שאינו תלוי במעשה רוב ותוספת שם כתבו דבעילת בעל נ"ח תלי במעשה דמיגלא מזדקק וא"כ בעילת זנות חשוב תלוי במעשה וכ"כ אחרונים א"כ מאי קושיא מהיכי תיתי לחוש דתחתיו זינתה דתלי במעשה יותר יש לתלות בבעילת בעל ראשון דאינו תלי במעשה דחשוב כרוב ואאת"ל דפריך לענין להפסידה כתובתה דאין הולכין אחר הרוב בממון מ"מ איכא נמי ס"ס שמא אינו תחתיו ואת"ל תחתיו שמא באונס כמ"ש תוספת מאי אמרת בס"ס אין מוציאין ממון מ"מ רוב וס"ס ודאי מהני דאאת"ל דס"ס לא עדיף מרוב עכ"פ כרוב הוא כמ"ש בשו"ת תולדות אדם לרשב"א ובתרי רובא מוציאין ממון כמ"ש בפו"כ מהרא"י סי' רכ"ט לכן עכצ"ל דהנהו תרי ליסני תליין במה דפליגי אמוראי בבכורות שם אם אזלינן בתר רובא דתליא במעשה דלמ"ד דאזלינן בתר רובא דתליא במעשה אין עדיפת למה דלא תלי במעשה ומה דתלי במעשה וליסנא קמא דמקשה ומשני על הברייתא דאפילו יש עדים דלא ק"ל על המשנה מטעם שכתבתי רק אברייתא כיון דיש עדים דלא נסתרה נהי דבעל שני לא קמיץ אעדים דס"ל להבבא אומרים אנן אעדים סמכינן וודאי לא נבעלה מבעל ראשון וליסנא בתרא דמקשה ומשני על המשנה אז"ל למ"ד דרובא דתלי במעשה לא גרע מאינו תלוי במעשה לכן אנן דקי"ל כרבינא בבכורות שם אל"ל כלל דקידש ובעל מיד כשאין עדים דלא נסתרה וכיון דסתמו כמתניתין דדוקא כשאין עדים אין לו נ"ב לא הזכירו כשקידש ובעל תיכף.

עוי"ל דיל"ד מאי קושיא במא תחתיו זינתה הא כיון שנכנסת לראשון חזקת גופה דהיתה בתולה עשויה להשתנות ויש לנו לומר שנהיקנה בעולה לנפרע כשעת מליאתה כמו בפע"י דף ע"ט בקידשה אביה בדרך וקידשה עצמה בעיר ביומא דמשלם שית ונמלאת בוגרת דאמר רב הרי היא בוגרת לפנינו ולא חיישינן לקדושי אביה וא"ל שא"ה דעשויה להשתנות ומיגלא בלא מעשה דהא ה"כ לא חשוב תלי במעשה כמ"ש תוספת בבכורות דף כ"ף דמיגלא מזדקק עוה בעלה ונראה מש"ה ליסנא קמא לא פריך הך קושיא על המשנה רק אברייתא דתנא אפילו יש לה עדים שלא נסתרה כיון דלא נבעלה מבעלה יש לה חזקת הגוף לומר דעד תחתיו דשני בתולה היתה ותחתיו נבעלה וליסנא בתרא דמקשה על המשנה ולא משני משום שעת מליאותה משום דא"כ תקשה לשמואל ולמ"ד שם בפע"י דהלכה כשמואל דלא אזלינן בתר שעת מליאותן אף בחזקה עשויה להשתנות ואף דמוכחשת מודה שמואל הא הכא מיירי בכל גוני אפילו אינה מוכחשת כמ"ש בתק"ז וא"כ לפי מה דמסיק בפע"י דהלכה כרב ה"כ אנ"ל שקידש ובעל לאלתר ואאת"ל דפריך וליחוש להפסידה כתובתה אף דיש ס"ס משום דאין מוציאין ממון בס"ס דלא עדיף מרוב ומ"מ רוב בהדי חזקה מוציאין ממון לכ"ע כדאיתא בירושלמי כפ"ב דכתובות הובא במלחמות ד' שם וה"נ כיון דיש חזקה דהשתא לומר כשעת מליאתו וליכא חזקה דמעיקרא כנגדו מועיל הס"ס עם החזקה להוציא ממון וכיון דכל הקושיא לשמואל דס"ל אין הולכין בממון אחר הרוב דה"נ ס"ס לא עדיף מרובא לא הוה מלי לשנויא דכאן יש נמי חזקה דהשתא דהא לשמואל לא ק"ל בפע"י דזה חזקה היא.

עוי"ל לפמ"ש התוספת והא"ש בתק"ז דמה דפריך וליחוש שמא תחתיו זינתה הוא לרב אסי דאמר בעלמא אם כנסה בחזקת בתולה ונמלאת בעולה אין לה כלום אפילו מנה רק הכא יש לה מנה דהרי כנסה ראשון דלפ"ז יטעה הבעל ומדים לה מנה ע"כ בודאי בעולה התחזקה דהא בעלמא אין לה כלל לכן לא יבא לב"ד ויש לחכמים לתקן שלא יהא לה כלל כדי שיבא לב"ד ויצא קול ואפשר יתברר ע"י עדים דתחתיו זינתה את"ד והנה כיון דכבאת לראשון ומעידת לבעול מהיכי תיתי נחזיק איסורא לומר דתחתיו זינתה דהא מבואר בפא"ט דף כ"ו ע"ב בנפלה לאור ואין ב"מ יורקין כשרה ואם שלקי ונמלאו יורקין ע"בה ואמר רב אסי הלכך לא ליכול איניש אלא בשלקא ולא היא אחזוקי ריעותא לא מחזיקינן והוכיח מזה בא"ז פ"ק דבכורות דלאחזוקי איסורא לא מחזיקנן אפילו היכא דאיכא לברר והכי איפסקא ביו"ד סי' כ"ב וסימן פ"ג א"כ ה"כ אין לאחזוקי איסורא להצריך בירור כיון דליכא עדים שלא נסתרה עם בעלה אפי' יצא קול אין בו ממש כל שאינו באופן המבואר בפי' המגרש דף פ"ט ועכצ"ל דכיון דלרב אסי קאי הקושיא ואיהו ס"ל בפא"ט כל היכא דאפשר לברר מחזיקנן איסורא וצריך בירור ה"כ צריך לבא הבעל לב"ד שיחקרו אפשר יתברר וא"כ לדידן דאין להחזיק איסור להצריך בירור אנ"ל דקידש ובעל לאלתר והה"מ פ"א מהא"ה ה"ח ז"ל ומה שאמרו בגמרא ליחוש שמא תחתיו זינתה ה"ק שמא אם יבא לב"ד יבאו עדים ויעידו והרבה פירושים נאמרו בו ולא הזכיר הסוגיא הזאת בהלכות אלא המשנה כפשטה והן דברי רבינו ועיקר עכ"ל וכתב הלח"מ נראה דהוקשה לו הסוגיא דליחוש שמא תחתיו זינתה וא"כ אמאי כתב רבינו סתם דהא מכח הך קושיא הוכרכו להעמידה דקידש ובעל לאלתר ולזה נראה שתירץ דה"ק שמא אם יבאו לב"ד וכו' וא"כ לא תירץ כלום דעדיין קשה למה כתב רבינו סתם דכמו שהקשו בש"ס על המשנה קשה על דברי רבינו ומו"ק כיון דהה"מ כתב דסוגיא זו לא הובא בהלכות למה הולרך ליישבה דמדהולרך ליישבה מתחלה משמע דהיא עיקר ואח"כ כתב דדעת רבינו והלכות שאינה עיקר ודבריו מתמיהין ועוד קשה למה אינה עיקר ואיך דחו הך סוגיא בלא טעם ונראה את"ד ולפמ"ש א"ש דה"ק דהקושיא וליחוש פירושו שמא אם יבא לב"ד יבואו עדים ויעידו דל"ל דהקושיא למה אינה ומפסדת כתובתה דלשון ליחוש משמע לענין איסור כמ"ש בתק"ז ואיך תיאסר בלא עדים דבעלמא אם הקושיא להפסיד כתובתה י"ל אף דיש ס"ס שמא לאו תחתיו ושמא באונס אין מוציאין ממון בס"ס אבל מה שאמרו ליחוש משמע דהקושיא משום חשש איסור ועי"כ משום דכל מה דאפשר לברורי צריכין לעשות וא"כ אינה עיקר כיון דקי"ל אחזוקי איסורא לא מחזקינן וא"ל לברר והרבה פירושים נאמרו בו ולא הזכיר סוגיא זו בהלכות ע"כ ס"ל זה הפירוש לכן סתם רבינו ולא הביא הך דקידש ובעל מיד.

ועוד פשוט י"ל מאי דפריך וליחוש דזינתה תחתיו ע"כ רק מדרבנן דהא יש לה חזקת היתר ול"ל דיש כנגדה חזקת הגוף דכיון דנשאת לראשון עשוי להשתנות כמש"ל אלא מדרבנן לא סמכינן באיסור דאורייתא אחזקה כדעת הפוסקים שהובא בש"ך יו"ד סי' נו"ן וכ"ש לפירש התוספת דיש לגזור להפסיד כתובתה כדי שיבא לב"ד וכיון דיש שתי לשונות בש"ס הוי ספק אי קאי אברייתא דיש עדים שלא נסתרה

עם

עם ראשון או קאי על המשנה דליכא עדים ממילא הוי ספק דרבנן לקולא היכא דליכא עדים אלא אי ה״א דהקושיא ליחוש שמא תחתיו זינתה להפסיד כתובתה מדינא הל״ל קולא לנתבע לכן כתב הה״מ דמה שאמרו וליחוש משמע דה״ק כדי שיבואו עדים ויתברר איסורה ממילא הוי ספק דרבנן ולקולא.

הב״ח הקשה על הטור למה ל״כ בגיורת קטנה שאין כותבין לה הכתובה אלא לכי גדלה ולא מיתתה כדאיתא בגמ׳ פ״ק דכתובות דף י״א וגם רבא ל״פ עליו עיי״ש וכבר הקשו הראשונים כן כמ״ש על הרי״ף שהביא רק דרב יוסף דהגדילה יכולה למחות ביבמות פרק החולץ ולא הביא הא דאין נותנין לה הכתובה רק לכי גדלה.

ונ״ל דיל״ד הא נתקשה הרשב״א למה חיישינן דלכשתגדיל תמחה ותהא נכרית למפרע לענין הכתובה ולענין איסור ל״ת ותירץ דחזקה שלא תמחה רק להוציא ממון חיישינן כמו ע״א דנאמן לאיסור ולא לממון הובא בחס״ז ועדיין קשה הא בפט״ו דיבמות איתא דבאה ואמרה מת בעלי תנשא ואמרו ב״ש דנוטלת כתובה דממדרש כתובה נלמד לכשתנשאי לאחר תטול מ״ש ליכי וב״ה פליגי ואמרו ב״ש אם התרתם ערוה החמורה על פיה לא התירו לגבות כתובתה וחזרו ב״ה והודו לב״ש וא״כ ה״נ כיון שכתב לה כתובה ולכשתנשאי כתק״ח הרי חייב עצמו ליתן לה כתובתה כשתהא מותרת להנשא וחייב עצמו אף שיהא ספק שמא לכשתגדיל תמחה ול״ד לגר שנתגייר ואשתו עמו דפטור מכתובה א״ל קיימא דלא נתחייב כל אופן זה שיתגיירו רק אם ימות או יגרשה ונ״ל דאביי ורבא לשיטתייהו דבכתובות דף פ״א תרוייהו ס״ל דב״ה לית להו הך מדרש כתובה וכתבו תוספ׳ והראשונים בחס״ז גם דק״ל דב״ה לא הודו לב״ש רק מחמת הק״ו אם התרתם ערוה החמורה אך לפי מה דמסיק שם רב אשי ס״ל לב״ה נמי מדרש כתובה עיי״ש לכן שפיר פריך אביי כאן שמא תגדל ותמחה דב״ה לא הודו רק משום ק״ו דהתרתם ערוה החמורה א״א שהיא במיתת ב״ד אבל כאן לא התרנו רק איסור לאו דנכרית או מגע יין וגם רבא לא דחה לקושית אביי מכתובה מה״ט דמדרש כתובה כיון דלב״ה לא ס״ל אבל לרב אשי דגם ב״ה מודו לדרוש מדרש כתובה צריך ליתן לה הכתובה מיד שו״ר בבית יעקב ס״ס זה שכתב כמו בגר שהטעם שפטור מליתן הכתובה שנתחייב משום דלא נתחייב רק ע״ד שיתקיים הסיתון עד יום מותם.

עוי״ל דקושית הש״ס נהי דחייב עצמו ליתן לה כתובה על הספק כיון דכתוב לכשתנשאי תטול מ״ש ליכי מ״מ נהי דחייב מ״מ שמא תמחה לכשתגדיל והיא נכרית למפרע ומותר הפקעת הלואתו והנה י״ל כיון דרבא לא פריך מכתובה משום דלא תהא קלה בעיניו להוציאה כדאיתא בש״ס א״כ הלכה כרבא וכ״כ בחס״ז אלא דישיע״ק הקשה כיון דא״צ ליתן לה עד שתגדיל ועכשיו ישלים הכתובה אלא בב״ד כמ״ש בחס״ז ורמב״ם בפי׳ מהלכות מלכים א״כ תו לא תהא קלה בעיניו להוציאה עיי״ש אמנם לפימ״ש דהקושיא רק משום הפקעת הלואתו הניחה אם נוכל לומר שישאר הכתובה בידו אבל לפי מה דמסיק הש״ס דמחויב לכשתגדיל ולא תמחה וא״כ מחויב מיד להשלים תו ליכא משום הפקעות הלואה כיון דאין הכתובה בידו וממילא צריכין ליתן לה הכתובה מיד כיון דהכי קיבל עליו בחיוב ליתן לה מיד אף דתהא ספק שמא תמחה אח״כ.

עוי״ל נהי דממדרש כתובה נלמד דנתחייב לה על הספק מ״מ הא כתובה תקנתא דרבנן ולמה תקנו כלל בגיורת שנתגיירה כשהיא קטנה שמא תמחה ומשני דכ״מ שתטול לכי גדלה וכיון שתקנו תו לא חלקו ותקנו גם בזו לכתוב לכשתנשאי דל״פ בתקנתם כדאיתא׳ בכתובות נ״ב ב׳ ל״פ רבנן פרש״י לא חילקו בין כתובה לכתובה אחרי שרוב כתובות יש בהן נדוניא לא חלקו וכה״ג כתבו תוס׳ בכתובות דף ל״ט ע״ב והפלאה בדף י״א בד״ה כתובה.

ורמב״ם בפ״י מהלכות מלכים כתב דישלים הכתובה בב״ד עד שתגדיל ולא תמחה וכ״כ בחס״ז וכתב הטעם שמא ילך לו הבעל ותפסיד כתובתה ועוד שנגרום בזה שתחזור לסורה ולפ״ז היה אפשר לומר דוקא בזמן קדמון שהיה ידינו תקיפה ואם תמחה אחר שתגדיל תיהרג כמ״ש רמב״ם שם יש גבול עד שתגדיל ותו אין לחוש שתמחה אבל בזה״ז שאין ידינו תקיפה עליהם א״כ יש לחוש דטרם שתגדיל יתבע דעתה למיהדר אלא מעריות כדי לקבל כתובתה ואח״כ תמחה ומה הועילו חכמים בתקנתן להשלים המעות ולא ליתן לה כלל א״א שמא תחזור לסורה לכן הטוש״ע והרי״ף לא כתבו להשלים המעות דהא בסי׳ רס״ה ביו״ד ג״כ לא כתבו אם מיחתה אחר שתגדיל מענישין אותה כיון דזה אינו בזה״ז אלא דק״ל דא״כ מה מותיב אביי לר״י מהא דיהבינן לה כתובה לס״ד דלא ידע דיש גבול עד שתגדיל ולא תמחה ניחא משום ספק שמא תחזור לסורה ול״ל כיון דקושטא דמלתא ליכא חשש דתחזור לסורה כיון דיש תקנה להשלים המעות עד שתגדיל ואז תו לא תוכל למחות גם להערים א״א דמענישין אותה לכן משני האמת והיינו דהאריך רש״י בד״ה שוב אי׳ למחות ואם מיחתה הרי היא כישראלית מומרת ליענש בכל עונשי ב״ד ול״ע מנ״ל לרמב״ם זה מהגמרא דאין דרכו לכתוב רק מה שנזכר בגמרא וגם הוצאות ממון לזמן חשוב הפסד ממון כדאיתא׳ בריש מכות דף ג׳ מעידין אנו באיש פלוני שהוא חייב לחברו אלף זוז ע״מ ליתנו לו מכאן עד ל׳ והוא אומר מכאן עד עשר שנים אומדין כמה אדם רוצה ליתן ויהיו בידו אלף זוז בין נותנן מכאן ועד שלשים יום בין נותנן מכאן ועד יו״ד שנים וכן איתא בחו״מ סי׳ ע״ג דמשביעין ע״ז א״כ כמו דאין להוציא ממנו הכתובה ליתן לה מחשש דתמחה ה״נ אין להוציא ממנו להשלים ונראה דהרמב״ם דייק כן מהגמרא דמותיב איך יהבינן לה כתובה ושמא תמחה ואזלה ואכלה בגיותה משמע דעל הוצאות ממון מהבעל לא קפיד כיון דעכשיו היא בחזקת ישראל לכל דבר ומתירין אותה להנשא לישראל וכיון דהוחזקה מהני גם להוציא ממון דמעמידין אותה על חזקתה שלא יתבטל למפרע וכה״ג כתבו תוספת בגיטין דף ל״ג לענין התראת ספק רק קפיד דאזלא ואכלה בגיותה וכיון דמשלימין המעות תו ליכא חשש זה ועל הגמרא קשה למה חיים יותר לאזלא ואכלה בגיותה מהוצאות ממון המוחזק ולפימ״ש לעיל א״ש דכיון דבכתובתה התקנה לכתוב לכשתנשאי לאחר תטול כתובתה וגם כשלא נכתב הכתובה עד״ז נוהג אם כן הוא בעצמו קיבל עליו לשלם לה אף דספק שמא תמחה אלא אכן מ״מ שתקינן דאזלת ואכלה בגיותה דזה איסור התורה למען ספות הרוה את הצמאה כי אז יעשן וכו׳ ר״ל כדאיתא׳ בסנהדרין דף ע״ו ב׳ לענין המחזיר אבדה לעכו״ם.

סי״א וכן הדין בגר שנתגייר ב״ש כתב בשם הש״ג דעו״כ שנשא בת ישראל וכתב לה כתובה

ונתגייר

ונתגייר אין הכתובה כלום והשיג עליו הפלאה בקו"א דלא גרע מאם התחייב דבר באתננה דחייב לשלם דהוי כמו לוה כשהיה גוי ונתגייר דחייב לשלם ובאמת עו"כ שאני כיון שהחיוב היה בשעה שהיתה אשת עו"כ הוי כהפקעת הלואתו דמותר עכ"ל ולא הבנתי דהא נתגיירו יחדיו וכשהיו גוים ל"ל הפקעת הלואתו הרי דלא הותר רק לישראל להפקיע מא"י ועכשיו שנתגיירו אסור להפקיע חובו ממנה ועוד מה לנו מה שהיתה גויה בתחלת החיוב מ"מ עכשיו גיורת היא ואסור מלהפקיע ממנה וכ"כ הבית יעקב דודאי קנין וחיוב של נכרי מהני אלא דנכרי לא התחייב רק באופן שלא יפסק האישות שלהם עד יום מותו ומש"ה כשנתגיירה וכלה אישות תכף על אופן זה לא נתחייב.

עוד כתב בקו"א דמ"ש בש"ג דעו"כ שנשא בת ישראל ונתגייר אין הכתובה כלום אף שכתב לה דאין ראוי לקיים כתובתה כיון דבעברה נשאת לו דליתא דהא לא גרע מח"ל לרע"ק דלא תפסי קידושין ואפ"ה יש לה כתובה כדאית' ביבמות דף פ"ה כ"ש הכא דכתב לה עכ"ל ואיסתמיטתיה דברי תוספת שם דלרע"ק לית לה כתובה בח"ל כיון דלא תפסי קידושין עיי"ש ועוד בח"ל שניהם מוזהרין ואין לקנסה יותר מבעלה משא"כ בת ישראל מוזהרת ונבעלה עו"כ והוא לא מוזהר וא"ל דהעו"כ מכשילה ועובר בלפ"ע דבן נח אינו מוזהר על לפ"ע וראיה מפ"ק דע"ז דף י"ד דמותר למכור לבינה לעו"כ שקונה לסחורה דאלפני דלפני לא מפקדינן ואם הגוי עובר בלפני עור הרי ישראל המוכר לא מביאו לעשות איסור ויעבור בלפ"ע וכן מצאתי בחו"י סי' קפ"ה דאם נותן מכשול לפני אחר שיעבור בלפ"ע גם הנותן עובר דיו"ב איסור דלפני עור ומבאר איסור.

סימן ס"ח

סעי' וא"ו פ"פ בישועות יעקב כתב דבזמן הזה א"כ לומר פ"פ מצאתי כיון דיש חשש דרגמ"ה ול"נ דכאן משום דחזקה אא"ע בסעודה ומפסידה דהך חזקה ל"מ רק לכתובה דרבנן ועוד דפרש"י דאלו היה שונאה היה מגרשה ואחר תקנת רגמ"ה א"י לגרשה ותמה למה לא הגיה רמ"א וכ"ל לפימ"ש בשו"ת רשב"א הובא במהרי"ק סוף שרש ק"א שלא תיקן רגמ"ה אלא לגדור בפני הפרוצים המעוללים בנשותיהם שלא כראוי ולא באותן שאחז"ל תצא שלא בכתובה וכתב מהרי"ק שם דבארוסה לא תיקן הביאו רמ"א לעיל סי' א' ופרשו בית הלל ואחרונים דהיינו דמותר לגרשה בע"כ וא"כ ודאי כשאומר אחר ביאה ראשונה פ"פ מצאתי כיון דחזקה דאא"ע בסעודה ומפסידה לא שייך טעם התקנה דאם שונאה היה מגרשה לפני החופה וא"ל לא פליג דהא קנין דהרשב"א לא חש לומר ל"פ והתיר בניסתעית ונראה דה"ט לפימ"ש מהרי"ו סימן ס"ה דלא אמרינן לא פלוג רק בתקנת חכז"ל הכוללת לכל ישראל ותקנו במנין חכמי כל ישראל אבל תקנות המדינות דלא ניתקן רק באיזה מדינות לא תקנו רק היכא דשייך הטעם והובא ביד מלאכי והרי תקנות הקהלות ג"כ בחרם ה"נ תקנת רגמ"ה לא נתפשטה בכל המדינות וגם כיון שאינה רק תקנה הוי רק ככתובה דרבנן אף דממון הפקר ב"ד הפקר ילפינן בגיטין דף ל"ו ב' מקראי ובספר בית יעקב כתב נמי לדינא כמ"ש מטעם אחר אך אם הסעודה עשתה הכלה או אביה צ"ע.

ס"ז אם הוא כהן כתב הנו"ב קמ"א בזה"ז שמקדשין בשעת חופה וכו' י"ל דלא נאסרה על בעלה והבית מאיר כתב דאם יש נכרי או פסול באותו עיר הא דינא הרוב בקיומן וא"ו באלמנות וה"נ כאן דאין אומרת לבשר נבעלתי דמכחשת דהלא אם לא בשני רובים את"ד ונראה לפימ"ש בדק הבית בשמ"ת בית ד' שער שני בספק אחד מותרת מן התורה דמוקמינן לה בחזקת היתר א' נמי כולהו הרי ספקא בעלמא בכל דוכתא ודאי רק איסורא דרבנן הוא וכיון שבן הכא גבי אשה אין ראוי להאמינו על פיו לאוסרה עליו כיון דליכא אלא איסורא דרבנן עכ"ל ואם בספק תחתיו ד"ה נגד חז"ה חזה"ג וספק אונס אף דרוב ברצון אמר כן ובמקום דבעלמא אסרו חכמים ק"ו ב"ב של ק"ו הבא דבעלמא אפילו מדרבנן שני בחד רובא ואפילו לו שקול יסקל מותר בחז"ה אפילו בספק איסור דאורייתא לכמה פוסקים כדובא בש"ך יו"ד ס"י כ"ן אלא משום מעלות יוחסין החמירו ודאי אין להחמיר על פיו ועוד דבשאכח"ד דאינו הכיר לאחר רק לעצמו ליכא משום מע"ת כמ"ש האחרונים בהפלאה בקו"א ותש"ך א"ע סכ"ע ואף דחזקה דאא"ע בסעודה ומפסידה הא ל"מ רק לכתובה דרבנן אף דמוחזק בממון וכ"ש הכא להוציאה מחז"ה לפוסלה וריטב"א בר"פ ראוהו ב"ד כתב להכשיר אם צריך שני עדים א"כ כ"ש להוציאו מחזקת כשרות לפסלו וכן משמע לשון דאמר ר"א האומר פ"פ מצאתי נאמן לאוסרה עליו דוקא עליו ולא על כהן אחר וא"כ ראיתי בקו"א להפנ"י בכתובות סי' כ"ד דייק כן וכתב משום דחזקה דאא"ע לא מועיל נגד דאורייתא כמ"ש הגמ' ולפימ"ש אפילו לרשב"ם שבהגה"א פ"ק דכתובות וריא"ז בש"ג דאם על תוספת כתובה נאמן היינו לענין לפטור ממנין שמוחזק ולא לפסלה לכהונה דחזקה אינה כשני עדים שו"ר בריטב"א פ"ק דכתובות דף ט' ע"א בד"ה נ"ל אלא בא"כ דליכא אלא ספק תחתיו ומיהא ספק תחתיו איכא אע"ג דאם נבעלה נפסול לה פסולה לכהונה אפילו לא נבעלה תחתיו בההוא ליכא למיחש כיון דרוב כשרים אצלה עכ"ל הרי דא"ל הרי רובי ויל"ד מאי פסקא כיון דרוב כשרים אצלה ואדרבה שמא רוב פסולין עכו"ם וכדומה ואפילו ברוב כשרים שמא אזלא איהי לגבייהו והוי קבוע ואפשר כוונתו רוב כשרים אצלה משום דרוב בודקת ומזכה כדקי"ל כר"ג כמ"ש תוספת בפ"ק דכתובות דף י"ג ע"ב בד"ה השבתנו ואף דזולתה רוב פסולים מ"מ עדיף הרוב בודקת משום דמסייעא חזקת היתר כמ"ש בני אהובה בפי"א מא"ב ה"י בד"ה אברא.

ואם היא אשת ישראל מותרת לו בפ"ק דכתובות עיי"ת ע"ב פריך מאי קמ"ל דנאמן להפסידה כתובתה וכו' והקשה הט"ז ליקשי יותר ממשנה דלקמן הגיורת והשפחה יש להם טענת בתולים וע"כ נתקדשה גדולה לישראל דאין לאביה רשות בה דגר כקטן שנולד דמי ולכהן אסורה ומותרת משום ס"ס וע"כ נ"ב לכתובה ונ"ל דקשה על ספק אינה תחתיו ליתא בכה"ג ובושת בעלה זוכה ול"ל ר"א לשיטתו בכתובות דף ע"ה ע"ב דלא ס"ל הא דכככ"ה לענין ממון אך לפימ"ש רמב"ן וכמ"ש ביבמות ר"פ הגושם שלום דלא פליגי רק לענין להוציא ממון אבל לענין איסור כ"ע ס"ל כככ"ה הק"ל אך תוספת הרא"ש בא"ז כתב דאין חשש שזינתה אחר החופה תחת בעלה רק שמא כשהיתה ארוסה וארוסה חשיבה ברשות אביה כיון דעוד"ה בבית אביה לענין כככ"ה כמ"ש הרא"ש בפ"ק המדיר וכתב שם הרא"ש דוקא נערה כיון שהוא עלמה

ברשות

ברשות אביה לענין הכתובה ולשאר דברים לכן י"ל כככ"ה ואירע לפני אירוסין עיי"ש וא"כ גורעת דאיכה ברשות אביה הוי כבוגרת דגם ארוסה חשיבה ברשות בעלה כמ"ש הרא"ש פס ומילא י"ל כככ"ה ותחתיו כאנסה כשהיתה ארוסה או זינתה ברצון וליכא ס"ס ואסורה עליו וא"כ י"ל הא דתנן די"ש להן ט"ב לאוסרה ובוגרת ישראלית בלא"ה אין לה טענת פ"פ כמבואר כאן בש"ע.

ועתה ראיתי בקהל"י ס"ז הקשה דאם אי אפשר להיות שזינתה אחר החופה רק לפניה כיוא כככ"ה וודאי זינתה קודם אירוסין דכככ"ה וגם אשת כהן מותרת המנכם במקו"ח ס' תס"ז סק"ו כתב בעצמו דהיכא דאיתיליד ריעותא בגופה לא סמכינן להתיר ע"י כככ"ה וא"כ כ"ש הכא די"ש כנגד כככ"ה חזקה דמעיקרא דבולדה בתולה.

במשנה רפ"ק דכתובות בתולה נשאת ליום ד' שאם יהא לו ט"ב ישכים לב"ד פרש"י שמתוך כך יצא קול ויתברר והקשו תוספת דא"כ בדף ט"ת ע"ב דמייתי ראיה דקי"ל בפ"פ ומדתקנו להכנסה ביום הרביעי כדי שאם יטלא פ"פ יצא לב"ד דמאי נפ' לאוסרה מאי ראיה הא הטעם כדי שיתברר ע"י עדים ונראה דהאחרונים הקשו הא אשת ישראל מותרת משום ס"ס ספק איכו תחתיו וספק באונס ובס"ק א"ל לברורי כדאיתי ביו"ד ס"ס ק"י וא"כ אם מורינן שא"ל לברר איך תקנו כדי שישכים לב"ד ויצא קול ויתברר וכ"ל דתוספת הקשו מאי ספק אונס הא רוב ברצון ותירץ הפנ"י כיון די"ש ס"א שקול מלרפיכן מיעוטא של ספק שני והוי רוב עיי"ש וא"כ ברוב צריך לברר רק בס"ס דעדיף מרוב כמו שלידד בשו"ת רשב"א סימן ת"א א"ל לברר וכ"כ בפסקי מהרא"י ס"ס קנ"ט דס"ס עדיף מרוב הובא בתורת השלמים בקוה"ס ס"ק נ"ה ומה"ע כתב קיה"ס דס"ס א"ל לברר אך את"ל דלא קים לן בפ"פ הוי ס"ס גמור ספק איכו פ"פ וספק איכו תחתיו דלענין ס"ס גם ספק הסרון ידיעה הוי ספק כמ"ש ש"ך ס' כ"ג סקט"ו ועוד הא דספק חסרון ידיעה נ"ה ספק הייכו הס עדיין אפשר אחר יודע ויכול עוד להכיר משא"כ כאן דמתחלת לידת הספק כשבעלה תו א"א להבחין ועיין שפ"ד ס' כ"ג סקט"ו ולבושי שרד בפתיחה אות מ"ד מ"ה וכיון דהוי ס"ס גמור א"ל לברר ושפיר קאמר תיכא דמוכח דקי"ל בפ"פ.

מותרת מבואר בש"ס משום ס"ס ספק איכו תחתיו וספק באונס והקשה באס"ז כיוא ודאי תחתיו דאיכא חזקת הגוף דעדיף משאר חזקות א"כ עדיף מחזקת היתר ונראה דתוספת רפ"ק הקשו למה הקנו להכנסה ביום הרביעי הא זנות לא שכיח ותירץ בתוספת הרא"ש פס דדוקא תחת בעלה דמשמרה לא שכיח אבל בארוסה שכיח עיי"ש וא"כ הכא דל"ל במה החתיו ממנ"פ אחר החופה זינתה דתולין במלוי והנה לענין גבינות מבהמה שנמלא בריאה סרכא כתב הרשב"א והובא ביו"ד סימן פ"א דל"ל סמוך לשחיטה נטרפה דסרכא ע"כ ג"י לכן אוסרין הגבינות מכמה ימים כיון דבטעות החזקנוה בכשרה אותן ג"י תו אתרע חזקתה למפרע אפילו קודם הג"י וכתב עו"ז פס סק"ג אפילו רק זמן מועט ע"כ ילאה מחזקתה דיכא הכי וא"כ ה"כ כיון דמחופה ולהלאה ודאי לא זינתה והחזקנוה בטעות ולכאורה קשה לפ"ז הא דאמר הש"ס בדף י"ב ע"ב דנאמנת דתחתיו אחר שנתארסה נאנסה משום ברי ושוזקה וגם תתעורר קושית התוספת בדף ט"ת גם באשת כהן נוקמוה בחזקת היתר דלאו תחתיו זינתה והרלו די"ש כנגד זה חזקת הגוף דבולדה בתולה ולפימ"ש ליכא לאוקמוה אחזקת הגוף אך י"ל דרשב"א לא אמר רק למוורא אין לסמוך על חזקה כה"ג להתיר ספק איסור תורה אבל כאן להתיר ע"י חזקת היתר י"ל כנגדה יש חזקת הגוף דמדינא גם זה הוי חזקה.

בה"ג מהרלת עלמה כתב ב"ש היכא דאיכא ס"ס מותרת אף בשותקת ומשמע דהיינו ספק תחתיו ספק רלון ובירושלמי פ"ק דכתובות ויערב עליו המקח לית יכול דאר"א מלא פ"פ אסור לקיימה משום ספק סוטה ואם שמא באונס קלא אית לאונס ופריך בלא"ה חד ספק אסור ומשני דהוי ס"ס ספק איכו תחתיו וספק אונס לכן ל"ל משום די"ש קול ובבבלי דף ט"ת אהא דאר"א האומר פ"פ מלאתי נאמן לאוסרה פריך והא הוי ס"ס שמא איכו תחתיו ושמא באונס וכתבו תוספת דרוב ברלון איכו רוב גמור רק מדרבנן לכן מלטרף לספק אחר ולפיכך כתבו הפוסקים דפליגי ירושלמי ובבלי בזה ולפימ"ש הרא"ה בבדה"ב בשעה"ת שער שני בית ד' אם מדאורייתא הוי ס"ס רק מדרבנן לא מהני ס"ס כזה לאו כל כמיניה דבעל לאוסרה עליו על פיו עיי"ש ולפ"ז י"ל דל"פ דירושלמי קאי על המשנה דתקנו שישא ברביעי כדי שלא תתקרר דעתו היכא דאסורה עליו מן הדין דאר"א מלא פ"פ אסורה משום ספק סוטה הייכו היכא דאיכה מכחישתו דודאי מלא ולאו משום פיו דשאכמ"ד לכן ספק אונס אף דרק מדרבנן הוי רוב רלון איכו מלטרף לס"ס משא"כ בבבלי דלא נקט מלא אלא האומר פ"פ מלאתי נאמן דהייכו כשמכחישתו והוא שאכה"ד כדמייתי ראיה מהאומר קדשתיך והיא אומרת לא קידשתני לכן כיון דרלון רוב רק מדרבנן לאו כל כמיניה לאסרה על פיו שו"ר באס"ז דף ט"ת בד"ה מאי קמ"ל שכתב דאם הידוש' דר"א דאסורה עליו אף דהוי רק ספק לא הל"ל אלא המולא פ"פ אסורה עליו אבל מדקאמר האומר פ"פ מלאתי משמע דבעי לאשמועינן נמי דנאמן לאסור על עלמו דבר המותר ואף דאתי לב"ד רק להפסידה כתובתה וכשרואה שחייבו אותו ב"ד חוזר בו ואומר בתולה מלאתיה אפ"ה אסורה עליו דלדבריו הראשונים אנו מאמינים את"ד וא"כ בירושלמי דנקט מלא פ"פ דלית בו הכחשה וכיון דאין מוכרח להשוות מחלוקת בין ירושלמי ובבלי י"ל בשותקת לא מלטרף ספק אונס להיות ס"ס.

אמרה נאנסתי נאמנת בירושלמי ה"א אמר אהא דתנן דאומרת משארסתני נאנסתי ר"א ור"ג אומרים נאמנת הד"א למנה ומאתיים אבל אין רשאי לקיימה משום ספק סוטה דאר"א מלא פ"פ אסור משום ספק סוטה ובהלכה וא"ו איתא אהא דר"ג ור"א אומרים נאמנת המן את אומר אין נאמנת והכא נאמנת ומשני הכא דשניהם מודים נאמנת אבל כשאין מודים אין נאמנת ותפסו הראשונים דירושלמי סותר א"ע ולי נראה דיל"ד דתחלה אמר אין רשאי ולבסוף אמר מלא פ"פ אסור וגם הקשו אהא דאמר בוגרת כחביות פתוחה הד"א לענין מנה ומאתיים אבל לקיימה אין רשאי ולמה כיון דבוגרת הרבה פתחן פתוח לכן כ"ל דהכונה אין רשאי לקיימה אין חייב לקיימה כדפרש"י בערכין דף כ"ח במשנה וכ"כ תוס' שם ובקידושין דף ל"ג ובתענית דף י"ג והובא בקה"י בלי"ח סימן תפ"ד וא"כ ה"נ י"ל כן כיון דלקמן דף קי"ט בטור וש"ע איפסק דזיווג ראשון אסור לגרש אא"כ מלא בה ערות דבר וזיווג שני נמי אא"כ שונאה

תהמת

נאמנת דהקדיחה תבשילו וכדומה ועיין רא"ש ח"ג ס"א וג"פ בסימן קי"ט ומל"מ פ"י מהא"ב הכ"א ומהרי"ט הח"מ סימן ל"ח דגם בארוסה דינא הכי ומ"ש הב"ש די"ל הרא"ש לאוסר בארוסה משום דנתייחד עמה כמה חדשים לא משמע הכי דהא הרא"ש כתב וכ"ש דנתייחד עמה אסור לגרשה הרי דגם בלא נתייחד אסור כיון דלא מנא בה ער"ד וא"כ כולם ס"ל דלא כהפר"ח בסימן קי"ט דזוג ראשון ה"ד כשואה שעשאה כלי עיי"ש ועכ"פ לכ"ע אפילו בזיווג שני אסור לגרשה רק כשיש לו סבה שהקדיחה תבשילו וכדומה דעי"ז בושלה לכן אמר הירושלמי בזה אף דנאמנת ומותרת לו מ"מ אין מחויב לקיימה אם לבו נוקפו שמא משקרת והיא אללו ספק סוטה דהא אר"א מלא פ"פ אסורה משום ספק סוטה לכן גם כשמתרצת עצמה ואומרת נאנסתי אינו חייב לקיימה אם חושש לעצמו דמשקרת וגם בבוגרת אף דכמה בוגרת פתחן סתום מ"מ אם חושש שמא זו פ"פ נמצאת זנות אין חייב לקיימה ותלי"ת אח"ז הרבה מצאתי בא"ז סימן תרע"ו תשובה לראבי"ה שפירש הך אינו רשאי אינו מחויב וסביא ליה מערכין דף כ"ח וגם דקדק כן ממה דבכולהו אמר אין רשאי ובפ"פ אמר אסור אלא שדרך דרך אחר עיי"ש.

ובעיקר הך דינא אם נאמנת לומר נאנסתי לענין איסור י"ל כמו דנאמנת לענין כתובה להוציא ה"נ לענין איסור דאין לב"ד להזדקק לכופו לגרשה אבל לגי"ש יחוש לעצמו ולכן בירושלמי ה"ו דקאי אהא דאם יהא לו ט"ב יסכים לב"ד ע"כ דב"ד יכפוהו לגרש כשיתברר דעתו דאל"כ מאי שייטיה דב"ד לזה לכן אמר דה"מ רק כשאינה מתרצת עצמה אבל במתרצת עצמה נאמנת שו"ר בשו"ת פנים מאירות ח"ב ס"ס כ"ב כתב דהגאון ר"י מפראג פסק שלא להתיר בפירש להבעל לדור עמה וגם לא יכופו אותו הב"ד להוציאה.

עוד יש לחלק בין אומר אין לבי נוקפי וברי לי דאינה משקרת וכמו שפרש"י בכתובות דף כ"ב ע"ב באומרת ברי לי ואין לבי נוקפי ובין כשאומר במסופק אם משקרת ומצאתי בכ"כ נוב"ת חא"ע ס"ד וק"ז ועיי"ש שכתב הא דחולק הירושלמי בהא דאומרת נאנסתי נאמנת רק לכתובה ולא לאיסור דבגמרא דף י"ב ע"ב אמר דנאמנת משום ברי וחזקת גופא דאחר שנתארסה נאנסה ולא קודם וקשה שמא זינתה ברצון וצ"ל כיון דאומרת אחר אירוסין נאנסה ובעלה אומר לא כי אלא קודם שנתארסה הרי אינו חושדה על זנות ברצונה לכן לענין ממון נאמנת אבל לענין איסור אנו חושדין אותה וגם זה כיונתי לדעתו תלי"ת.

ומהרי"ט בחידושיו לפ"ק דכתובות האריך בראיות דאינה נאמנת לומר נאנסה ורשב"א בבאק"ז כתב דנאמנת אף דקינא לה ונסתרה אין נאמנת לומר שלא נבעלה שאני דרגל"ד דאלת"ה אונס דבריא איך משכחת דלמא אומרת שקר שנאנסה ואין אונס ורצון אלא אחר כונת הלב ולא גרע מלא פ"פ ומגי שראינו שנבעלה ולוותה ואמרה אנוסה אני דנאמנת והיא כסתירה ספק הלב ספק שומן דנאמן ע"א ואף שזו עדות אשה בגופה הא אמרינן בדף י"ג ע"ב זו עדות שהאשה כשרה לעצמה את"ד וי"ל קושית הרשב"א כיון דאונס קלא אית לה כמ"ש בירושלמי הוי רגל"ד דברצון זינתה כיון דליכא קלא אלא הא בשדה ונלאה לצעקה ואין מושיע לה איך יצא הקול וצ"ל דהיא גופא מפרסמת א"כ אם באמת לוותה דליכא רגל"ד הוי כסתירה ספק הלב דע"א נאמן ומה שאמרו בדף י"ג זו עדות שהאשה כשרה לעצמה לומר לכשר נבעלה משום דבודקת ומכרה כמ"ש תוספת שם.

ובש"ס פ"ק דכתובות דף י"ב ע"ב אמר דטעמא דר"ג דנאמנת שנאנסה אחר אירוסין משום מגו א"כ משום חזקה נראה דכ"מ אם טרם בואה לב"ד אמרה שנאנסה תו לא מהימנא במגו כשבאו לפני ב"ד כמ"ש בשו"ת הרא"ש שבחו"מ ס"י ע"ב שח"י בהג"ה ותומים שם שקל"ה הכריח מהרא"ש דמיירי גם כשהודה לפני עדים היה לו המגו מ"מ אין מועיל אבל אם לא אמרה כלום עד בואה לפני ב"ד מהני המגו ואף דרגל"ד כיון דליכא קלא מ"מ כיון דיש לה מגו הוי כמו להיפך דרגל"ד מיגלא הוי כסתירה ספק הלב דע"א נאמן שו"ר במח"א פה"י מהלכות א"ב חקר בזה והובא בנוב"ת חא"ע סימן ה'.

עוד יש לחלק די"ל אף דהיא עדות שבל גופה נאמנת כמו בנדה וספרה לה דג"כ נאמנת על גופה ורמב"ן ריש גיטין כתב הא דלא ילפינן מזה דע"א נאמן גם באתחזיק איסורא דשאני נדה מתוך שנאמנת לעצמה נאמנת גם לבעלה וא"כ ה"נ אם זינתה תחתיו ברצון גם האשה אסורה לדור עמו אך דוקא אם טוענת נאנסה ושידור עמה אבל אם מתחלה מבקשת רק הכתובה והבעל טוען מק"ט ולגרשה בלא כתובה אלא אחר שמחייבין אותו כתובה חוזר ורוצה לדור עמה תו לא מסיתנא דל"ל מתוך שנאמנת על עצמה דמעיקרא לא טענה שידור עמה ועכשיו עבידה לאחזוקי דיבורה ועיין שכתב בטור לקמן סי' קנ"ב וריב"ש שבד"מ שם ובעל העיטור שבחו"מ סימן ל"ג וכ"ש הכא דזה ליכא למילף מוקפרה לה.

ס"ה התוס' יש לה בפ"ק דכתובות דף יו"ד א"כ א"ש משום רשב"א הכתים תקנו לב"י לבתולה מאתיים והם האמינוהו שאם אמר פ"פ להפסידה כתובה וכתב הרי"ף משם גאון דת"כ כיון דכתב לה חייב מן התורה א"כ להפסידה וטעמא דמסתבר הוא ורשב"ם וכ"פ כ"ל דגם לת"כ נאמן ויש להבין דעתם וגם לר"ת ור"י דפסקו כתובה דאורייתא מדכתבינן דחזי לבי מדאורייתא ותמה הב"ש עליהם סוף סי' ס"ו הא קי"ל האומר פ"פ מצאתי נאמן להפסידה כתובתה דהטעם משום דכתובה רק מדרבנן והנה רמב"ן והרא"ה הקשו גם אם כתובה דאורייתא לימא לה אייתי ראיה דקיימא תנאך דכשאה רק ע"מ שהוא בתולה ועוד למה אי כתובה ד"ת לא ליהמן משום חזקה דאא"ע בשעודה ומפסידה והרלו ונסים די"ל מגו דתחתיו נאנסה דהיתה נאמנת דקי"ל כר"א ור"ג ומבואר בגמרא הטעם דנאמנת לומר תחתיו נאנסה משום דחזקת הגוף מסייעה ובכתובות דף כ"ו בעי ר"א נכנסה לחופה ופרסה נדה אם י"ל ת"כ וסלקא בתיקו ומדברי המרדכי והג"א נראה אף אם פרסה נדה אחר החופה מ"מ אומדנא דרק ע"ד קיבת ביאה כתב לה ת"כ ולדעת כ"פ מיירי שפרסה נדה בשעת החופה ועיין לעיל סימן ס"א והנה קי"ל דנושא בתולה בועל ב"מ ופורש אף א"ל מלא דם כדאיתא ביו"ד סימן קל"ג ואף בקטנה שלא ראתה מעולם והיא מותרת רב ושמואל ור"י ור"ל כמ"ש ב"י שם וא"כ כיון דמוקמינן לה אחזקת הגוף דתחתיו נאנסה כל מה דאפשר לאחר האונס מאחרינן וא"כ מיד שהערה בה מכיר דפתחה פתוח דקי"ל בפרק הבע"י דף כ"ה שהכנסת עטרה היינו הערא ועיין נוב"ת בחא"ע

בחא״ע סי׳ כ״ג דבהכנסת קלת הערוה יש השגה בתולים ממילא לריך לפרוש מיד דעדיין לא ישבה זיין נקיים אחר שנאנסה כיון דתלינן האונס כל מה דאפשר סמוך לחופה ואסור לגמור ביאתו וקי״ל בפ״ק דקידושין דף יו״ד כל הבועל דעתו אגמר ביאה א״כ ה״נ מה שכתב לה ת״כ ומשום חיבת ביאה דעתו אגמר ביאה וכיון דבע״כ פירש ולא גמר ביאתו דהיינו בהכנסת כל האבר כמ״ש בפי״ג לרמב״ם פרק הבע״י ובסנהדרין פ״ז הובא בנו״ב שם אין לה ת״כ אם היתה מודה לו שמלא פ״פ ובעולה היתה ועכשיו שמכחישתו בב״ד אין לה מנו כלל לענין ת״כ לכן אף דת״כ שחייב א״ע יש לה מד״ת כאמן לספסידה וכ״ז לדעת התוס׳ בפרק קמא דקידושין דף יו״ד ד״ה כל הבועל דבין בקידושין שתהא ארוסה בין לענין נשואין לריך גמר ביאה זולת אם מרלונו פירש ולא גמר ביאתו אף שהיה מותר לגמור ביאתו ודעת הר״ן בפרק הבע״י ג״כ דלעולם אין קנין בהערלה דדעתו אגמר ביאה זולת ביבמה אמנם דעת ר״ן גאון שהביאו תוס׳ שם וכ״ד הרי״ף בפרק הבע״י דקידושין דוקא אינו בהערלה אבל אחר קידושין נעשית נשואה גם בהערלה א״כ ה״כ אף שלא גמר ביאתו יש לה ת״כ ממילא נאמנת להכחישו דלא מלא פ״פ במגו דנאנסה תחתיו ועוד הרי״ף לא ק״ל חומרא דרב ושמואל לענין קטנה ונערה ובוגרת נמי שלא נאתה בבית אביה עיין בב״י יו״ד סי׳ קל״ג לכן שפיר כתב דמסתבר דת״כ יש לה.

ודעת הרמב״ם דחופת נדה שאינה ראויה לביאה ל״ה חופה כלל ורא״יהו מנדה דף ס״ו דבינא איעסק לברים בי רב הביבא א״ל לארבעה לכתוב כתובה כי מטא לארבעה א״ל לנטור עד ארבעה אחריני א״ל מ״ט עביד מר הכי א״ל לא ס״ל למר להא דרבא תבעוה לנספא ונתפייסה לריך ז״נ אלמא אפילו בספק נדה אסור לכנוס ורא״ש פרק אעפ״י השיג עליו וכתב בק״נ דגם הרא״ש מודה אם היתה נדה בשעת החופה ל״ח נשואה לכל מילי וגם בש״ע לעיל סי׳ ס״א אף דהעלה דמותר לכנוס לחופה נדה מ״מ פסק שם בס״א דאין לה דין נשואה לענין כתובה מנה ומאתיים ולירושה וכדומה וכ״כ הב״ש שם דכ״ד המחבר לעיקר ודעת ר״י הובא בהג״א שם בפ׳ אעפ״י לחלק בין ידע הבעל א״ל ידע דהוי חופה בטעות וכ״ש שם הרמ״א דלריך להודיעו וא״כ לפימ״ש תוס׳ הרא״ש בא״ק״ז רפ״ק דכתובות דזנות תחת בעלה ל״ש דאפמרה וכ״ב מזמן חופה עד שנתייחדה עמו וכמ״ש רמב״ם בפיה״מ פ״ב דגיטין במשנה דנכתב ביום דל״ש שיתחדש כואת בזמן כזה ומכ״ש אחר החופה א״כ אין לה מגו לטעון שנאנסה אחר החופה דמגו דל״ש לא אמרינן רק י״ל מגו דנאנסה ארוסה ותהא נאמנת משום חזקת הגוף גם אינו נאמר דזינן קבר לפני החופה נאנסה ולא קפרה ז״נ ומיד שהרגיש בפ״פ היה אסיר לגמור ביאתו וכל הבועל דעתו אגמר ביאה והוי חופה בטעות דעכ״פ לענין כתובה אינה רק כארוסה דאין לה גם מנה ומאתיים דארוסה לית לה כתובה כדלעיל סי׳ נ״ה ס״ו א״כ אין לה מגו דמוכרחת לטעון בתולה מלאתנו וגם אם כתובה דאורייתא נאמן וכ״ז לדידן דקי״ל כחומרת רב ושמואל דבועל ב״מ ופורש אבל לדין המשנה תנן מעשה ונתן לה רבי ארבע לילות כדאיתא בנדה דף ס״ד לכן אמר רשב״א דנאמן רק משום דכתובה דרבנן אבל לדידן נאמן גם אם כתובה דאורייתא.

ולפ״ן א״ם נוה דר״י אמר שמואל נאמן להפסיד כתובתה ולא אמר משום דחכמים תקנו כתובה ור״כ אמר שמואל משום ר״ש ב״א אמר משום דחכמים תקנו דלפי דין המשנה ותנאים דנותנין לבתולה ד׳ לילות אבל שמואל עלמו הא ק״ל בועל ב״מ ופורש ולפ״ז מיושב פסק דידן דנאמן להפסיד כתובה דהקשו תוס׳ ומרב אבי דאמר דף י״ב הכי כל שלא תשמש אינו נאמן להפסידה כתובתה עיי״ש בד״ה אר״כ דרב אבי קאי אברייתא שאמר הכי ולדינא דתנאים א״כ אם כתובה דאורייתא.

ואת״ל כיון דבנדה דף ס״ו ע״ב תניא רבותינו חזרו ונמנו דבועל ב״מ ופורש הרי גם בימי תנאים גזרו מ״מ י״ל דל״פ רב אשי אהא דאר״כ א״ם משום רשב״א דלפ״ז י״ל דהא דבעל נאמן דלית לה מגו דתחתיו נאנסה דא״כ ע״כ פירש מיד שהערה והרגיש דפ״פ ואינה נשואה רק בגמר ביאה אלא דזה רק בפ״פ אבל רב אשי דקאי אברייתא דמיירי בטענת דמים דלכן כל שלא תשמש א״כ הרי לא ידע עד אחר שגמר ביאתו ופירש א״כ י״ל מגו ואף דביאה באיסור הוא מ״מ כיון דאינו רק איסור דרבנן אינו טענה כדאיתא ביו״ד סימן קי״ט ובחו״מ סי׳ רל״ד במכר לו איסור דרבנן ואכלו וא״כ אין ראיה מרב אשי דאינו נאמן להפסיד כתובתה רק בטענת דמים ואם הבלייתא דכל שלא תשמש נשנית קודם שנמנו ויש לה ד׳ לילות וודאי י״ל מגו כיון דגמר ביאתו בהיתר והוי חופה ראויה לביאה וחיבת ביאה.

בר״ן הביא דרמב״ן הקשה למה אין עליה להביא ראיה שהיתה בתולה דע״מ כן נתחייב לה כתובה ולריכה ראיה דקיימא תנאה אפילו אי כתובה דאורייתא וגם זולת טעם דלא״ע בסעודה ומפסידה ומהרי״ט הקשה על הר״ן דבעלמו כתב בפרק מי שאחזו דתנאי בשו״ת א״ל ראיה שקיים תנאו והיכן משום דרוב בתולות נשאת וחזקת הגוף מועיל להוציא ממון ותמה על רמב״ן דבעלמו כתב כן במלחמות רפ״ב דכתובות דברוב וחזקה מוציאין ממון עיי״ש ולא ראה בא״ק״ז שרמב״ן עלמו תירץ כן וגם יותר ה״ל להקשות על רמב״ן עלמו שכתב בפרק המגרש הר״ן בשמו דבתנאי שוא״ת א״ל להביא ראיה שקיים ומזה דלא תירץ הר״ן משום רוב והזקת הגוף וגם רמב״ן שבא״ק״ז תירץ עוד תירוץ אחר ולא די לו בזה י״ל דהכא קאי על מיגרא דשמואל ובקידושין דף ע״ט כתבו תוס׳ לשמואל כיון דממ״כ מקודשת אף די״ל עכשיו ילאה מהזקתה מ״מ לא מועיל חזקה זאת ה״נ כיון דממ״כ עכשיו תו אינה בתולה לא מהני החזקה מכח איחור וקדם להוציא ממון ע״י אף בלירוף הרוב.

והא דהקשה מהרי״ט דהוי תנאי דשוא״ת י״ל דבשוא״ת אמרינן דלא נשתנה כמ״ש סמ״ע בסי׳ רמ״ה ס״י וקשה איך מוליאין ממון ע״ז דלא עדיף מחזקה אחרת ומחזקת ממון אך י״ל כמ״ש מהרי״ט בחיו״ד סי׳ א׳ דבתנאי שוא״ת אל המעשה ומתנה או מכר או נדר מיד כיון דממילא מתקיים התנאי עיי״ש לכן י״ל אוקי חזקה דלא נשתנה נגד חזקת ממון והוי ספק השקול ואין ספק מבטל התנאי מוליא מידי ודאי מעשה שכבר חל וכה״ג כתב בתשובת ריטב״א שבב״י חו״מ סי׳ מ״ו וזה בתנאי דלהבא משא״כ בתנאי שלעבר דהספק אם חל כלל.

ס"ט מחרים ובפ"ה"מ כתב הרמב"ם דישביעה היקה והקשה תוי"ט הא בפיה"מ לסוף נדרים כתב דליכא היסת על טענת שמא ורגל"ד ליכא שנבעלה לפני אירוסין וכ"ל דבירושלמי פ"ק דכתובות ה"א היוצאה פ"פ אסורה משום ספק קוטה ופריך שמא אנוסה ומשני קול יוצא לאנוסה וקשה דאנוסה מפורש בתורה בשדה מצאה לעקה הנערה ואין מושיע לה א"כ איך יצא קול ול"ל דבעלמא מפרסמה ויוצא קול וכ"כ האחרונים וה"ד אם נאנסה ארוסה דנסתפחה שדהו ומועב לה לפרסם שנאנסה כדי שאם ימלא פ"פ לא תתסר עליו או להעלות נקס על המאנס אבל נאנסה קודם שנתארסה למה תוליא קול דהרבה אין רולין ליקח רק בתולה דלפיכך כנסה בחזקת בתולה ונמלאת בעולה הוי מק"ט וטוב לה יותר השתיקה דלאו כ"ע בקיאין בפ"פ ושמא לא ידע שפ"פ וא"כ רגל"ד מדליכא קול דקודם אירוסין נאנסה ובשילהי נדרים דאיירי בשהתה עשר שנים ולא ילדה וטוענת דהחסרון ממנו דאינו יורה כחץ אף דרוב אינם כן מ"מ להיפך נמי רוב מתעברות ויולדת וליכא רגל"ד לכן אין עליה רק ח"כ ובזה מתירן קושית התוס' בפ"ק דכתובות דף י"ב ע"ב בד"ה לא כי אלא עד שלא ארסתיך נאנסה דבר"פ העניח דייק דלא כי טוען ברי והכא אינו ברי ולפימ"ש א"ש כיון דאונס בתר אירוסין קול יולא ומדליכא קול ודאי מקודם אירוסין דלא הוליאה קול שהיה בדעתה להטעותו לכן טוען לא כי.

סימן ס"ט

ס"ד בהג"ה כל שאינה ניזונית אין לה כסות דהוא בכלל המזונות בכתלת שבעה במשפטי כתובה וות כ"ף כתב אף דבסי' ק"ד ובחו"מ סי' סמ"ד הן כסות בכלל מזוני מ"מ כתב רמ"א דאין לה בזות דבכ"מ המחצ"ה והכא והתם קולא לנתבע עכ"ל ולנ"ז אם האשה מוחזקת אין להוליא מידה מספק וזה אינו לפימ"ש הרשב"א בתשובה שהובא בב"י לקין סימן ל"ג בד"ה כתב הרשב"א בכוהן או מוחל שאל שים לו על ראובן על ראובן להביא ראיה מה מחל או נתן לו עיי"ש והובא בגליון דהגרע"א בחו"מ סי' ז"ה סכ"ג הרי מבואר אף דהנתבל מוחזק ידו עה"ת ולדבריו נתכוין הנתיבות בדיני תפיסה סי"א וכתב דכל שקנה מחמת הלשון אינו קונה רק מה שברור בלשונו כמבואר בסימן ק"ה סכ"ג כשאומר בעד אחד מחול רק הקטן מחול לכן נראה דה"כ אם טוענת שלא נתכוונה לפוטרו מכסות שומעין לה אף לדעת הר"ן דבאומרת איני ניזונת ואיני עושה אי לחזור בה אלא כיון דמע"י תחת מזונות וכסות בעל נאמרה ויש לה מזונות וכסות ולריכה ליתן לו מע"י ואם אינה רולה ליתן לו מע"י ולא ליקח מזונות ע"כ לריכה לפוטרו מכסות.

איני זכך יאיכי כוטל מע"י אין שומעין עב"ם דאפילו בדסקה מע"י למזונות אין שומעין לו וילג"ד דאפוכי מטרא למה וכן הקשה בני אהובה בפי"ב מה"א וכראה דמע"י שלו לטוות לו למר והוא מחויב להזין לה הלמר וכ"כ בקה"י.

ובזה כ"ל ליכן קושית הכ"מ שהובא בא"ב"מ לדעת ה"ה ילעיל דבאומרת איני ניזונית וא"ע יכולה לחזור בו א"כ הא דאיתא בכתובות דף ק"ז בהלך בעלה להי"י דאין לה מזונות לשמואל שאח א"ל בעלה לאי מע"י במזונותיך נסי דקבלה עליה יכולה עכשיו לחזור בה עיי"ש ונראה כיון דקבלה עליה א"כ סמך בעלה עליה שתקנה למר ותעש ואלמ"ה או לא היה הולך למדה"י כי מי יחוס אוון ממנו או היה מעמיד מי שיזמין לה הלמר והוי כאה אוביר ולא אעבוד מסלם במיעבא דחייב אף דמבטל כיסו של חברו פטור משום דסמך עליו כמ"ש הריטב"א שבאסי"ז ב"מ דף ע"ג ב' וכ"כ בשו"ת הרא"ם כ"א סי"ז בשוכר שנשאר בבית שנה שניה אדם אחד דחייב בשכירות כל השנה כיון דמשכיר סמך עליו ואין בנמלא תוך הזמן מי שישכור וכן הוא בחו"מ סימן ש"ב ואפשר אפילו בדלא ספקה עכשיו מ"מ מל"ל אלו לא קבלה עליה לא היה הולך למדה"י והיה משתדל הרבה להזמין לה למר בזול ולמכור באופן שהיה מספיק מע"י למזונותיה וכשקבלה עליה סמך עלה שתשתדל הרבה בזה כדי שיספיק לה אח"כ מלאתי במלודת דוד דרשה למר ופשתים בעלמה חפשה אחר ל"ו לטוות אותן עם כי אין על האשה אלא לטוות ולא לחזור אחריהן ובזה מתורן הא דאמר בהמדיר בדספקה יכול להדירה באומר לאי מע"י במזונותיך לפימ"ש ריטב"א ותר"י באס"ז דבדברים קטנים קונס מפקיע דלא אלמוה לשעבודה וכה"ג כתב הרא"ש דוקא במזונות שהוא דבר הלריך לה יותר אלמוה לשעבודה ולא בכתובה וא"כ כ"ש טרחא לקנות למר דזוזי דאיכשי עבדי ליה סרסרותא וגם הא דפ"ק דגיטין דף י"ב אהא דאם ירלה שלא לזון את אשתו רמאי בדספקה י"ל דאז יכול להדירה וי"ל בזה מה דהר"ן בר"פ שד"ג פירש בדספקה דוקא בקבלה עליה ובהמדיר כתב די"ל בע"כ משום דבזה יכול להפקיע בקונס אף דבדברים קטנים לא ס"ל כהריטב"א דלא נתנו דבריהם לשיעורין ולא ללקו במזונות אבל טרחא עכין אחר הוא.

ס"ן וירושתה ברמב"ם פי"ב ה"ע מה"א כתב התנה עמה שלא יירשנה תנאו בטל דעשו חיזוק לדבריהם כשל תורה וכל תנאי שירושה בטל ואצ"פ שהוא ממון שנאמר בה לחקת משפט וכתב בהשגות חסרון דעת אני רואה בכאן ומה לירך לחקת משפט ואין אדם מקנה מה שאין לו בו שום זכות את"ד וכ"ל דכ"מ אם אמר למורישו עשה עמי פעולה ע"מ שלא אירש אותך דבריב"ש סי' ר"פ כתב דאם עשה לחברו טובה והתנה עמו על דבר דלא שייך בו קנין הוי כמו שכיר דמחייב לקיים תנאו כיון שקבל טובה ממנו בעד זה ועמ"ש בערך ש"י על חו"מ סי' ר"ג וא"כ לולא טעם דחקת משפט לריך לקיים תנאו וזה שדייק הרמב"ם וכל תנאי שבירושה לומר אפילו בא התנאי בעד טובה וסתם תנאי הכי הוא בעד איזה פעולה מ"מ כיון שנאמר לחקת משפט בטל התנאי ורא"ה לזה מהתוס' פרק אע"פ דף כ"ו בד"ה הר"ן מקודשת ותנאו בטל שהקשו לר"מ דשייך מתנה עמ"ש בתורה אפילו גבי ממון א"כ לא יכול אדם למחול חובו לעולם ע"י תנאי שאם יאמר עשה עמי היום וחובך מחול לך יהא מתנה עמ"ש מיהו מלוה לא חשבינן כתובה בתורה עיי"ש הרי דגם בהתנה בעד פעולה דחייב מדין שכירות תנאו בטל לר"מ וא"כ ה"ל לר"י דבדבר שבממון תנאו קיים מ"מ ירושה דכתב בה לחקת משפט הוי מתנה עמש"ב כמו לר"מ בשאר ממון ואפשר בעל השגות דכתב מה לורך לחקת משפט ס"ל דאם בשכירות גם לחקת משפט לא מגרע דהוי באמת יורש רק פורע חובו עם הירושה ולא ס"ל כהתוס' והא דאר"מ דהא"מ לי

לי ע"מ שאין לך עלי שאר וכסות תנאו בטל ומקודשת דבקידושין לא שייך שכירות כמ"ש לעיל ס"י כ"א אבל קשה לעשות מחלוקת בין השגות ותוס' ועוד נהי דלכ"ע בתורת חיוב מועיל התנאי היינו בלשון חיוב דוקא אבל שלא יירש או עשה עמי ואמחול חובך לא משמע בתורת חיוב בעד פעולה אלא מחילת חנם כמו שעשית עמדי בחנם ול"ע בב"ז גם אין לומר דלא ניחא להשגות דרמב"ם קמ"ל דל"מ התנאי אבל בעד פעולה דהא מקור לשון תנאי הוא מלשון אתנן זונה כפרש"י ורד"ק בהושע ח"ה על התנו אהבים וכ"כ בקה"י בלשון חכמים בשם הרא"ש תנאי בלשון חכמים הוא לקוח מלשון המקרא התנו אהבים ועיין קצו"ח סימן שנ"ב דהתנה עם פועל ליתן לו בשכרו דשלב"ל מחויב ליתן דמיו.

סימן ע"ן

ס"א כשאוכל עמו בר"פ המדיר את אשתו מליהנות לו עד ל' יעמיד פרנס ופריך כיון דמשועבד לה היכא מצי מדיר לה ומשני דא"ל צאי מע"י במזונותיך א"ה פרנס למה ומשני בלא מספקת מע"י לדברים קטנים דרגילה בבית אביה וקא מגלגלה בהדיה דאמרה ליה עד האידנא דלא אדרתן גלגילנא בהדך השתא דאדרתן לא מצינא וכתבו תוס' ור"ן ואדעתא דהכי לא מחלה שיעבודה הלכך משועבד לה ומ"מ חל הנדר דבשעת הנדר אכתי לא היה משועבד והקשה הר"ן הא השעבוד בא כאחת עם הנדר ואיך יחול הנדר וכ"ל הא דאדעתא דהכי לא מחלה ה"ד אם אמרה השתא דאדרתן לא מצינא דמקפדת אבל אם גם עתה אינה מקפדת לא נתבטל המחילה במחלה כבר דאפילו בתנאי מפורש מהני לבטל התנאי שיחולו הקידושין למפרע משום דכונתו שלא יבוטל מיד רק אם יקפיד כשישמע כמו שכתב הר"ן הובא בב"ש לעיל סימן ל"ח סל"ה סקכ"ז וכ"ש הכא דלא התנה תחלה כלל רק עכשיו אמרה אדעתא דהכי לא מחלה ודאי רק משום דמקפדת וא"כ זה דבר המסור ללב ובחידושי רמב"ן בפרק כל הגט דף כ"ה כתב בהא דע"מ שירצה אבא שכיון שהדבר מסור ללב אין אומרים כשרצה עכשיו הוברר הדבר ברצה משעה ראשונה אלא למ"ד יש ברירה ה"נ אם רוצה עכשיו בגדולות ומקפדת שלא למחול על דברים הקטנים לא אמרינן הוברר למפרע על שעת הנדר דאפשר אז לא היתה מקפדת והו"ל הנדר דספק נדרים להחמיר דשמא לא נתבטל המחילה במכבר ומ"מ מחויב עכשיו ליתן לה כשאומרת השתא דאדרתן לא מצינא דהוי כא"י א"פ ולענין איסור לא מהני ברי שלה כדאיתא בירושלמי פ"ק דכתובות בהא דמשארסתני נאנסתי וכמה דברים שם דמהני ברי שלה לענין הכתובה אבל לקיימה אינו רשאי משום ספק סוטה ואפילו אם שמעה נדרו ותכ"ד אמרה אדעתא דהכי לא מחלתי י"ל אפשר בלבה אינה מקפדת רק להוציא ממנו משקרת דמקפדת וכ"ש אם אחר כך שמעה ואומרת כן י"ל לא הוברר למפרע וא"כ בשעת נדר לא היתה טוענת ברי כלל וחל הנדר וכן אם שמעה נדרו בשעה שנדרה ולא אמרה תכ"ד השתא דאדרתן לא מצינא לאגלגילא בהדך.

ואפשר גם לתירוץ שני שבתוס' ור"ן דלאו מטעם מחילה הוא רק כשאינה אוכלת עמו מחויב לתת לה דברים קטנים שהיתה רגילה בבית אביה וכשאוכלת עמו אינו מחויב מ"מ דוקא כשאמרה השתא לא מצינא לגלגילא בהדך ומחייב אבל כשאינה מקפדה מחמת דכבר הורגלה בלא דברים הקטנים והרגל נעשה טבע לא מתחייב כלל ואף דא"כ שמא משקרת בהא דאמרה לא מצינא והוי כא"י אם נתחייבתי מ"מ הרי כתב מהרש"ך בפלוגתת הפוסקים אם תבעה כתובתה מחמת אונס אי אבדה המזונות יכולה האשה שתאמר קי"ל דלענין מזונות היא מוחזקת כמו אם יורשים אומרים נתננו המזונות והיא אומרת שלא נתנו לה דהיא נאמנת הובא במל"מ פא"י מה"א ה"א ואף דהמל"מ תמה דשאני לענין נתננו כבר נתחייבו משא"כ אם הספק על תחלת החיוב מ"מ י"ל בו"ש ברי עדיף דשאני א"י אם נתחייבתי דאפילו נתחייב מ"מ הוא מוחזק וצריכין להוציא ממנו משא"כ הכא דהחזקה תליא בטענותם דלפי דבריה שנתחייב לה כבר היא מוחזקת וא"כ לענין ממון היא נאמנת אבל לענין האיסור נדר הוי ספק נדר להחמיר וגם אם שתקה בשעת הנדר אף דאמרה אח"כ לא מצינא אין ברירה למפרע כיון דהדבר מסור ללב וכן משמע מלשון הש"ס דאמרה וכו' לא מצינא ויותר משמע מלשון ר"ה שבהש"ס דדוקא דטוענת כן אבל אם רק תובעת הבאת הדברים קטנים אינו מחויב ליתן לה כיון דכבר הורגלה בלעדם.

ולפ"ז י"ל קושית הספנא"ה וישע"ק לפי מה דמשמע בתוס' דכשאינה אוכלת עמו מחויב ליתן לה דברים קטנים אפילו בלא אדרה א"כ כשא"ל צאי מע"י במזונותיך כבר חל החיוב של דברים קטנים קודם הנדר וסק"ל כיון דמשועבד לה היכא מצי מדרה ודוחק לומר שאמר לה בשעת הנדר את"ד ולפימ"ש כיון דכבר הורגלה בלאו הדברים צריכה דוקא טענה השתא לא מצינא לכן חל הנדר.

גם קושית הבית יעקב מה פריך הש"ס כיון דמשועבד לה הא כתב הרא"ש הא דלא יכול להשתחרר ע"י פרנס דוקא משום דאדרה אזלא בה מלתא א"כ לא בא החיוב רק בשעת הנדר וחל הנדר כדמוכח מהתוס' יש לתרץ דדוקא לענין הדברים קטנים שכבר הורגלה בלעדם צריכה טענה השתא לא מצינא חל הנדר אבל ע"י פרנס דאזלא בה מלתא אכן קודי בלא טענתה כיון דלא הורגלה בבזיון זה קודם הנדר א"כ בא החיוב והנדר בבת אחת ולא חל הנדר.

ס"ג כמה מזונות בפרק אע"פ ס"ד ב' תנן לא יפחות לה משני קבין חטין ובגמרא פרך מכי דזה יותר משני סעודות לכל יום ומשני דאותר לארחי ופרחי ורמב"ם פי"ב מה"א ה"י כתב שיתקן לה לחג ב' סעודות בכל יום סעודה בינונית של כל אדם באותו עיר כאדם שאינו לא הגה ולא נרגקן מאותו מאכל של אנשי אותה העיר ותמוה למה לא כתב השיעור של מתניתין ושיעור לו דקך לעלמו והלח"מ תמה למה לא הזכיר מה שצריכה ליתן לארחי ופרחי ובפיה"מ כתב והדין בזה כולו חוזר לפי ראות עיני הדיין לפי ענינו וענינה כפי מה שנוהגין אנשי המדינה עכ"ל ולמה לא פסק הדין כדתנן וכ"ל דהב"ש לעיל סימן ס"ב ומתניתין דתנא חיוב מזונות לא תנא אלא מה הוא מדרבנן אבל חיוב דאורייתא לא תני עיי"ש וא"כ י"ל דלא נתנו דבריהן לשיעורין לכן קבעו השיעור אבל הרמב"ם דפסק בפי"ב דמזונות דאורייתא דשאר אלו מזונות והתורה אמרה שארה הצריכה לה לכן פסק מזונות לפי מה שהיא שיעור בינונית של כל אדם באותו עיר ותלוי בראות עיני הדיין לפי ענינו וענינה והנה

הא

הא דמתניתין תני שיתן לה מותרת כדי שתוכל ליתן לארחי ופרחי לבאורה תמוה אטו אם תרצה ליתן לדקה משל בעלה בעל כרחו כייפינן לו ומה לה ליתן לדקה משל בעלה אם אין לה משלה ועיין בשו"ת יו"ד סי' קנ"ח אפילו דבר מועט לצדקה אין מקבלין ממנה אם אינו רוצה וא"כ למה פסקו לה חכמים שתוכל ליתן לארחי ופרחי הא אם לא יתן לה יותר מאכילתה פטורה מליתן כדאיתא ביו"ד סי' קנ"א וצ"ל כיון דאחז"ל בספ"ב דב"מ דאבדתו קודם שנאמר אפס כי לא יהיה בך אביון שלך קודם לשל כל אדם ואר"י א"ר כל המקיים בעצמו כך סוף בא לידי כך ופרש"י אף שלא הטילו עליו הכתוב יש לאדם לכנוס לפנים משוה"ד ולא לדקדק שלי קודם לכן חשו חכז"ל שמא תרצה לעשות לפנים משוה"ד וכפה פרשה לעני ותצמצם מאכילה שלה ליתן לארחי ופרחי ולא ישאר לה שני סעודות בינונית לכל יום ולא נתנו דבריהן לשיעורין לשער מי שתצמצם משלה ליתן לארחי ופרחי לכן רצו והתקינו להוסיף על שיעור אכילתה לכל אשה שתוכל ליתן לארחי ופרחי כיון שהתקינו השיעור מזונות שלא ילא מכשול מתחת ידם כמו שהבאתי לעיל סי' טו"ב ק"ה מהריטב"א דדבר דרבנן מתקני לריכין למיחש לכל מה דאפשר שלא ילא תקלה מתקנתם והרמב"ם דפסק מזונות דאורייתא ולא תק"ה ולא נתנו חכז"ל שיעור לזה אלא הדין נשאר לפי ד"ת שארה אין לה רק מה שלריכה לעצמה ושלה קודם לשל כל אדם מן התורה.

וגם כמו דאיתא בפרק המדיר דף ע"ב המודרה שלא תשאיל ולא תשאל נפה וכברה יוליא ויתן כתובה שמשיאה ש"ר בשכנותיה ה"נ תקנו שיתן לה שתוכל ליתן לארחי ופרחי שלא ישיאה ש"ר ויקללוה בשערים מעשיה וכמו שתקנו כתובה לאלמנה משום חינא אף דמשום חינא לבד לא היה מתקנים רק אגב דתקנו לבתולה משום שלא תהא קלה בעיניו להוציאה כמ"ש התוס' בכתובות דף ל"ט ע"ב ה"נ אגב דתקנו שיעור מזונות לה תקנו נמי שיתן לה שתתן לארחי ופרחי אף דל"ד לנפה וכברה דמשיאה ש"ר בשכנותיה גם לא כליא קרנא והכא כיון דאין לה משלה פטורה וגם הבעל עני ולא היו מתקנים זה לבד רק משום אגב א"כ אין ראיה לתקנה זו מן המשנה דס"ל מזונות דרבנן והולרכו ליתן שיעור דלא נתנו דבריהן לשיעורין.

עוי"ל דהנה הרמב"ם פי"ב שם כתב הבעל שרלה ליתן מזונות לאשתו ע"י שליש הרשות בידו כמ"ש בש"ע כאן סי"ב וקשה למה לא פסק כהירושלמי ר"פ המדיר והובא ברא"ש דדוקא בקבלה עליה ובבבלי לא מלינא בפירש להיפך ונראה דבשו"ת המיוחסות לרמב"ן סי' ק"ד כתב דמשתבר במסרה אשתו לעצמה בכדי או ברוב לא גנאי הוא לה ומתבזת בכך בין שכינותיה דיאמרו מה ראתה להתרחק משלחן הבעל עיי"ש וגם הוא לא הביא מירושלמי רק כתב מסברא ונראה משום דבירושלמי שם מבואר דמזונה דרבנן וכיון דעי"ז תתבזה אם לא יזונה בעצמו כשאר נשים ומשא"כ אם לא היו מתקנים לשום אשה מזונות וכתבתי לעיל בשם הריטב"א והוא בפ"ב דכתובות דף כ"ף ובגיטין דף כ"ח דמה דתקנו רבנן חשו שלא ילא מתחת קלקול ע"י התקנה ושום ריעותא בעולם אף דבמקום אחר לא חשו לזה לכן ס"ל לירושלמי דדוקא שקבלה שתיזון ע"י שליש ולכן מהני הקבלה דא"א בתק"ח אבל אי הוי מדאורייתא שיזונה בעצמו ל"מ קבלה דמה די"ל איכי לזונה וא"ע גם למ"ד מזונות ד"ת משום דד"ת מע"י שלה וחכמים תקנו מע"י תחת מזונות לכן י"ל א"כ וא"ע וע"כ הרמב"ם דס"ל מזונות דאורייתא ולא מלינו בש"ס בבלי דאין לו רשות לזונה ע"י שליש והא דהמדיר את אשתו מליהנות לו אין יכול לפרנסה ע"י שליש יותר משלשים יום ע"י נדר שאני כמ"ש הרא"ש ואין לנו לחדש תקנה לכן פסק דרשות בידו לפרנסה ע"י שליש.

ולפ"ז י"ל הא דתנן במשנה דהמסרה את אשתו יתן לה שתים או שלשה סעודות לארחי ופרחי אף דעני הוא וגם היא פטורה דפרנסתה קודם כמבואר ביו"ד סימן רנ"א סי"ג בהג"ה ה"ע כיון דתנא דמתניתין ס"ל מזונות דרבנן כמ"ש הב"ש רים סי' ס"ט וכ"כ התוי"ט בפ"ד דכתובות מ"ד ור"ס פ"ג דמעשרות וא"כ א"י להסרותה ע"י שליש רק כשנתרלית י"ל אדעתא דהכי שלא תוכל ליתן לארחי ופרחי ב' או ג"ס בשבוע כשיעברו עליה וישיאה ש"ר לא נתרלית וכעין שכתב הב"ש בסי' זה סק"א וגם אפשר אם לא יתן לה הוכרה ללמצם ממזונה וליתן לארחי ופרחי לכן הרמב"ם דפסק כתנא דברייתא דמזונות דאורייתא והרשות ביד הבעל ליתן לה מזונות ע"י שליש לא כתב שלריך ליתן לה שתוכל ליתן גם לארחי ופרחי ולפ"ז היה נראה דשו"ת המיוחסות ס"ל מזונות דאורייתא לכן לא הביא ראיה מהירושלמי די"ל דוקא לירושלמי דס"ל מזונות דרבנן ואף דרמב"ן בפירושו עה"ת במשפטים על פסוק שארה כתב דהלכה דמזונות דרבנן הא ידוע דמיוחסות הן מהרשב"א אמנם ברשב"א ר"פ המדיר כתב דהלכתא מזונות דרבנן ותימא לי מ"ש הח"מ רפי"ב מה"א דהרשב"א ס"ל דמזונות דאורייתא ועדותו כאמנה משתמע ראה באיזהו מקומו דהדר בו הרשב"א.

והמחבר בש"ע דפסק בס"ב דרשות בידו ליתן לה מזונות לפלוה ובס"ג לא הביא הדין דארחי ופרחי א"ש לפימ"ש דתליא בפלוגתא דמזונות אי דרבנן ובש"י וש"ע לא הכריע לכן י"ל הבעל קי"ל.

הג"ה למלמה והותירה עיין שו"ת השובה מאהבה ח"א סי' פ' מהנו"ב דכתב אם היה הדין מסופק אם מה שהותירה הוא שלה והיא רוצה מזונות יכול הבעל לומר קי"ל עיי"ש ובמהרש"ך שבמל"מ רים פח"י מה"א כתב דלענין מזונות חשובה האלמנה מוחזקת וי"ל קי"ל והמל"מ לא הרהר אחריו אלא אם הספק מעיקרא אם יש לה מזונות אבל אם הספק בפרעון מודה ובאב"מ כאן סי' ס"ט סק"ב הוכיח דגם בחיי בעלה חשובה האשה מוחזקת ולפ"ז אם האשה אומרת שהרעיבה עלמה והותירה והבעל טוען שמא א"ל יותר די"ל בלא ה"ל למידע גם אי א"פ פטור ומ"מ כיון דהיא חשובה מוחזקת כאמנת אמנם הר"ן ר"פ אד"ג כתב דכי מת נכסי בחזקת אלמנה קאי ואין מוליאין אותה מחזקתה מספק אבל בחייו נכסים בחזקתו עומדים ומ"ש אח"כ אילו איתא קמן ואמר התפסתיה לררי למזונתיה העתידין אינו נאמן עיי"ש ה"נ דא"א פת"ז וכ"כ החמ"ה כיון זה סקל"ח וכ"כ במרדכי ר"פ אד"ג דבחייו נכסי בחזקתו.

והנה בנזיר דף כ"ד ע"ב אשה דהקדישה בהמה פריך מנא לה הא מה שקנתה אשה קנה בעלה ומתרץ שלמלמה ממזונותיה הרי דזה שלה וכ"ב דהא דמותר מזונותיה לבעל אף כיון דניתן לאכילה נתייאש ויאוש קונה אם בהיתר אתי לידה כדאיתא

בדליתה

כדאיתא במריבה דף ק"ו אלא דגם מציאתה לבעלה ואף בלא טעם יתום י"ל כיון דמחויב ליתן לה כשיעור שאמדוה חכז"ל הל"ל דיהא שלה אלא דהשבוה כמע"י ומציאתה דתקנו ביהא לבעלה אך בהקדישה הל"ל כיון דמדאורייתא היא שלה יחול ההקדש אלא דאלמוה רבנן לשעובדא דבעל אך אם מתחלה לנולמה כדי לקנות בהמה לקרבן וכ"ש אם בכל פעם שהותירה הקדישה המותר ואם היה הדין שלא יחול ההקדש לא היתה מלאכות בשביל בעלה דאדם קרוב לעצמו א"כ ליכא בזה הפסד לבעל ולא אלמוה לשעבודיה וזה כ"ש ממ"ש הראשונים בא"ק בר"פ המדיר דאל נדרו על דברים קטנים שהיתה רגילה בהי כלא אף דמשועבד לה כיון דאין לה הפסד גדול בזה דתוכל להיות בלעדן לא אלמוה רבנן לשיעבודיה ולפ"ז זה תליא בפלוגתא דתנאי בכתובות דף נ"ח אי מזונות דאורייתא דאם מזונות דאורייתא הל"ל ומה שלוותה שלה אלא מתק"ה מציאתה ומע"י של בעל לא אלמוה לשיעבודיה להפקיע ההקדש אבל אם מזונות דרבנן צ"ל כן לכן אמר בנזיר גם עוד תירוץ אחר אך אם משום יתום זכתה אין לחלק כיון דרבנן הקנו לה מזונות כל צרכה ממילא מתייאש וי"ל דלרע"ק ס"ל בזה לא אלמוה לשיעבודיה ולר"ב ס"ל דלר"פ ועיין חק יעקב סי' תמ"ו סק"ד שכתב כיון שנתן לפני בהמתו בעלה והפקירה.

וי"ל עוד הא דלמלאכה והותירה זכתה מטעם יתום אלא דמציאתה לבעלה אך ר"פ לשיטתו דבר"פ מציאת האשה אמר מציאתה כהעדפה ע"י הדחק בפלוגתא דרע"ק ורבנן ופרשו תוס' ורא"ש מציאתה שע"י הדחק וגם בעי ר"פ עשתה שתים בב"א ופרשו ר"ח דבעי אליבא דרע"ק ולהכי ס"ל דהלכה כרע"ק דמציאתה ע"י הדחק שלה ורי"ו מטראני בא"ז כתב אף דבעיא דר"פ אליבא דרע"ק אין הלכה כן ועיין פני' דכתב אף דר"פ בעי אליבא דרע"ק מ"מ לא קי"ל כן וא"כ ודאי מה שדחקה עצמה והותירה זכתה מחמת יתום הוי מציאה ע"י הדחק לכן אר"פ לרע"ק במלאכה והותירה הוי שלה ומוקי לקמן משנה בהכי דכולהו סתמא אליבא דרע"ק ולשון בתרא דהא"ב בעי לאוקמה מתניתין כרבנן דלדדהו מציאתה ע"י הדחק של בעלה ואנן קי"ל כהא"ב דהוי כאיכא דאמרי כמ"ש מגדל עוז הובא בכללי ש"ס לכן פסק רמ"א דלמלאכה הוא של בעלה כיון דבסימן פ' ס"ב פסק דהעדפה ע"י הדחק של בעלה וא"כ הה"ד מציאתה ומ"מ התם נמי פסק הב"ש דהאשה י"ל קי"ל כיון דמוחזקת והובא בחו"מ גם אך אם באה ליטול מזונות משל בעלה הבעל מוחזק אף דכתב הלב"ש בסי' ס"ט דלענין מזונות חשובה האשה מוחזקת כבר כתבתי לעיל דר"ן ומרדכי מחלקים בין אלמנה לא"א ועיין הפלאה כאן סקט"ז שכתב דדוקא ביתומים אין הנכסים בחזקתן ר"לא משית מיד הנכסים בחזקת אלמנה למזונות אבל באשת איש כבר הם בחזקת הבעל כשהיתה בביתו. אף שיכולה למכור אינם יוצאים מחזקתו עכ"ל ויש לסייע סברא זו מה"ב תוספתא בפ"ק דפסחים דף ו' בד"ה התם וא"כ אין ראיה שלב"ש ממה שגם א"א בחיי בעל מוכרת למזונות חשובה מוחזקת איכו ראיה כלל דאיכא מוכרת רק כשהלך בעלה למדה"י ועוד גם אז אין הנכסים יוצאין מחזקתו כיון דקודם שיצא היו הנכסים בחזקתו.

ש"ך בהג"ה. ואין חילוק בין אביה לאחר שפרנסה דין זה פלוגתא בירושלמי ר"פ בד"ג דרי חגי ס"ל דוקא אחר ולא אביה ורי יוסי ס"ל דאין חילוק וכתבו ר"ן בפרק נערה והג"א בפרק שד"ג כיון דאיכא פלוגתא ולא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר ושפיקא לא מפקינן ממונא מבעל וא"כ הל"ל לרמ"א לומר דהוה ספק דכ"מ אם תפס האב אח"כ וכ"כ בתשובה לרי עובדי' ספורנו בשו"ת רמ"ע סי' פ"ע דמהני תפיסה אך מ"ש שם דוקא אם יש לאב מגו דלהד"ם או החזרתי אבל תפיסה בעדים לא"ה תפיסה נראה דק"ל כהמ"ד שבר"ן פ"ב דכתובות הובא בספר ת"כ סימן כ"א דתפיסה בעדים לא חשוב תפיסה לענין ספק אבל הש"ך בסת"כ והתומים מסקי דבספק מהני תפיסה בעדים או אפשר מיירי שם דבעל מכחיש לאב ועכ"פ מהרמ"א לכאורה משמע דאפילו תפיסה לאחר שזכה ל"מ ומדכתב ואין חילוק בין אביה לאחר.

וי"ל דרי חגי דפשיטא לו דאם אביה פרנסה גובה משבעל דאין בזה ספק וא"ל תפיסה לכן קתני לאו למתנה איכוין כמו שהוכיחו רשב"א ור"ן בר"פ שד"ג ותה"ד סי' ר"ז ומורד לתוך שדה חברו שלא ברשות ונטעה דחייב לשלם לו אבל לדידן דהוי ספיקא דדינא אם אב יכול לגבות מהבעל דלרי יוסי דינו כאחר אפילו ודאי לא נתכוין למתנה וא"כ אם האב לא נתכוין למתנה על מה סמך דאטו ידע שיוכל לתפוס מהבעל כהי דהרא"ש בב"מ פא"מ סי' ט"ית הא דראה סלע שנפל משנים כתב דלא מתייאש דסבר למחר אתפוס ממנו הייכו דכבר נפל אבל לא מעייל איניש נפשיה לספיקא לכתחלה כדקי"ל בקידושין דף ק"ד ב' ואם לא נתכוין למתנה היה לו לגלות דעתו בב"ד או עדים דמלוה לה וא"כ יש הוכחה דנתכוין במתנה לכן שפיר כתב רמ"א דאין חילוק לכן נראה אף לפמ"ש בשו"ת רמ"ע הנ"ל דמהני תפיסה י"ל דוקא היכא די"ל מגו כאתן ג"כ לומר דלא נתכוין למתנה וישבע על זה אבל ליכא הכחשה בין הבעל והאב אם זכה או כמה הוציא מ"מ צריך לישבע שלא נתכוין למתנה אף דרי חגי אמר בירושלמי דאב גובה אף אם לא תפס ומכ"ש דא"ל לישבע כיון דקתני לאו למתנה איכוין מ"מ לדידן שאני וכמו שכתבתי ועיין נוב"ת חו"מ סי' ל"ד.

ב"ש ס"ק כ"ו הב"א מגמ"ת האומר כל הזן איני מפסיד ועמד אחד ופרנס אותה אבד מעותיו משום דהוא איכו שלוחו כדאית ר"פ המדיר את אשתו מליזונות ממנו יעמיד פרנס והייכו שאמר כל הזן איכו מפסיד ועי"כ לאו שלוחו הוא וכתב בית מאיר דלולא בגמ"ת מסתבר כיון דאמר הזן איכו מפסיד חייב מדין ערב ובישועות יעקב הקשה למה לא יתחייב בדיבור מדין שכירות ומדין ערב אף שאין כאן תורת שליחות כמו בהך דשאול דהאיש אשר יכה הפלשתי יעשרנו המלך וכן המשכרני ימול מנה את"ד ולדבריו א"כ בפ"ק ד"ק דאמר תן מנה לפלוני ואתקדש לך מקודשת מדין ערב למה לא אמר נמי משום שכירות אע"כ דשכירות איכו רק כשעשה לו עצמו פעולה אבל אמר עשה לפלוני ואשלם לך הוא רק מדין ערב והא דשאול והמשכרני עשה הפועל פעולה להמתחייב ומהר"א ששון סימן קכ"ב כתב בראובן שנתחייב ושעבד עצמו לפרוע לכל מי שילוה לשמעון סך כך כדין ערב פרען ונפל מחלוקת בעירו אי מתחייב כיון שלא שיעבד עצמו לאיש ידוע והביא הוא ראיה דמתחייב ממ"ש הנמ"י בפג"פ עלה דאמר התם ההוא שטרא דקאמר ביה אני פלוני לויתי מתך מנה.

ועוד

ועוד ראיה ברורה ומשו"ת הרא"ם כלל ס"ח ד"ז דכה"ג חייב והוא דהמדיר דכל הזן אינו מפסיד משום דלא אמר אני מתחייב או משתעבד לפרוע דאם אמר הכי פשיטא דחייב לפרוע עיי"ש.

ואישתמיט להו דברי רשב"א ורא"ש ור"ן בפ"ק דקידושין דף י"ט דערב ליתא אלא אם דיבר עם המלוה עצמו וכתב הר"ן שם דמדבר עם המלוה עצמו גמר ומשעבד לו נפשו והובאו בגאון לבי סי' קכ"ט ולפ"ז אפילו פירש כל הזן אני משלם לו פטור וכ"כ בגאון לבי שם ורא"ית ומהרא"ם ומשו"ת הרא"ם אינו ראיה כיון דכתב הר"ן דאם מדבר עם המלוה עצמו גמר ומשעבד נפשו ומשא"כ אם אינו מתנה עם אדם ידוע א"כ דוקא כשמשעבד עלמו בדיבור לבד פטור דאז לא גמר ומשעבד עלמו אבל בשטר שפיר משתעבד וכן הכמ"י מבואר בשטר.

אך הריטב"א בקידושין שם והרמב"ן שהביא הריטב"א שם הוי ערב אף אם אינו משעבד עלמו לאדם ידוע ול"ל לדדהו דוקא כל הזן אינו מפסיד דאינו לשון הבטחה גמורה שיתחייב כמ"ש מהרא"ם והב"מ איברא דמסתבר דגם האומר כל הזן אינו מפסיד הוה הכונה שהוא יחזיר לו דאל"כ מפסיד וכ"ל לפמ"ש הסמ"ע בסי' רמ"ז סק"ד אע"ג דודאי דעתו ה"ה וכו' אין לעקור נתנה דאורייתי אם לא שיהנה בפירש עיי"ש ה"נ כיון דהדירה בהנאה אם מתחייב לפרוע עושה איסור דגם המדיר עובר לרמב"ם ולד"ה עובר בלפ"ע לכן במקום איסור לא מועיל אומדנא עד שיפרש להדיא דישלם ולפ"ז אין ראיה מהמדיר וי"ל בעלמא אם אומר כל הזן אינו מפסיד חייב ודין ערב לרמב"ן וריטב"א.

אך מ"ש מהרא"ם שם בדעת הטור אף דמתחייב בלשון זה מ"מ מותר במדיר כיון דאינו לשון שליחות לע"ד זה מוקלס מן הדעת והרי בטיו"מ סי' קפ"ג כתב הטור דאם אומר ראובן לשמעון ז"ל זבין לי במעותיך קנה ראובן דכיון דאהפכהו למי וביאתו מה"ת בשלוחין סח"י וכה"מ בסי' קפ"ג כיון דשמעון הוליא על פיו הוי כאהפכהו כיון דמתחייב לראובן הוי המעות שלו ומילא ה"נ כהנית האשה ממעות בעלה אם מתחייב לפרוע לזה שזנה.

סימן ע"א

ס"ד אם הוא מודה בספר בית יעקב כתב דאם האשה טוענת ברי שהיתה בתולה כשזינתה עם זה ובעל ושנה ונתעברה ממנו שלא נתהפכה ולא שימשה במוך והוא יודע ומה לך דאי' אם היתה בתולה אם מודה לה חייב שכר הנקה ואם כופר חייב לישבע ולא אמרינן כמו דאפקרה עלמה לזה שמא אפקירה עלמה לאחר דים לה חזקת הגוף ומז"כ דלא זנתה מקודם לזה ורוב נשים מתעברות ויולדת שמא מיד נתעברה מזה א"כ ברי נגד שמא עם רוב מהני להוליא ממון כדאית' בפ"ק דכתובות די"ב ע"ב ברי וחזקה מהני להוליא ממון את"ד ולע"ד לא נראה דבשלמא בפ"ק דכתובות סגי בחזקת הגוף לבד דתחתיו נאנסה מהני ברי וחזקה משא"כ הכא דבהחזקות דהיינו חזקת הגוף וחז"כ אפילו להריב"ם דתרי חזקות כרוב מ"מ עדיין יש מיעוט לומר דזינתה עם אחר קודם לזה ואת"ל לא זינתה עם אחר קודם לזה שמא זינתה עם אחר לאחר שזינתה עם זה נהי דרוב נשים מתעברות ויולדת עדיין יש מיעוט המלוי כמלא יש הרי מיעוטי ללרף והוי פלגא או רוב כמ"ש הר"ן בפא"ע אהא דלוקחין בלים בכ"מ אם אומר של עוף פלוני וטהור הוא וכן הוא בפ"ד בברכות דף כ"ג ועוד הכא י"ל דולד זה מרוצא דעלמא פרים ולא מזה וכמ"ש פנ"י בפ"ק דכתובות דף י"ב ע"ב בד"ה איתמר דלפיכך אין מחזירין אבדה בלא סימנים אפי' למ"ד בו"ם ברי עדיף דאמרינן מרוצא דעלמא נפל עיי"ם ולפ"ז אפילו מודה זה דמלאה בתולה ובעל ושנה ולא נתהפכה ולא שימשה במוך מ"מ פטור משכר הנקה דשמא נתעברה מן אחר אח"כ.

סימן ע"ב

המדיר את אשתו מליהנות לו פרש"י ר"ם המדיר דגם תשמיש בכלל אלא כיון דמשועבד אין קונם מפקיע לפיכך לא אמר יוליא ויתן כתובה בשבת אחת ותמהו תוספת דבש"ק הקשה וכיון דמשועבד במזונות אין קונם מפקיע כדאמרינן בבאי עושה לפיך ה"ל להוכיח מהכא מדלא הל על תשמיש עיי"ש שכתב ר"ת דאין הנאת תשמיש בכלל וכ"ל דרש"י לא רלה בזה כיון דקי"ל סתם נדרים להחמיר כדאית' בנדרים דף ח"י אך י"ל כיון דעוקר מלות התורה עונתה לא נתכוין ע"ז ומלאתי בשיט"ק לקונן שיזון ע"ד שהביא מהרא"ן שמשע מרש"י הא דנדרים הנ"ס ע"ד מלוה היינו במפרש הדבר מלוה אבל בסתם כגון שנדר מיין אין קידוש בכלל דכיון דמושבע ומה"ם לא נתכוין לזה עיי"ם ועיין סמ"ע סימן רמ"ז סק"ד ואף דהכא ע"כ לעקור ד"ת נתכוין דהא מזונת ג"כ מחויב מ"מ מה שאפשר לאפוקי מכללא חזקה לא נתכוין כדאית' ברמב"ם פ"ב מהלכות תמורה ה"ב וא"כ אין ראיה דקונם לא מפקיע משעבוד מדלא יוליא בשבת אחת אלא אמרינן דלא נכלל תשמיש בנדרו אך למסקנת הש"ס דאין קונם מפקיע אם כן אף דנתכוין גם על הנאת תשמיש ליכא איסור וכ"מ דמתסר אחר שיגרשה דפקע השעבוד לכן פירש"י דאין קונם מפקיע קודם שגרשה כיון דמשועבד לה ועיין פרק אע"פ נ"ט ע"ב.

סימן ע"ג

ס"ט מי שמשכן כסות אשתו בתה"א לרשב"א סי' רפ"ו כתב ומאן לימא לן שאין הבעל יכול למכור ולמשכן כסות אשתו ובכיו של"מ דומה שסניבו וכו' ומ"מ נראה שלא הקנה לאשתו אלא אדעתא למיקס קניה אדעתא למסקל ומיפק לא אקני לה וכ"ם בנדון שלפנינו דמאן לימא לן דלא אפקיה מדעתה למשכוניה משום רווח ביתיה והב"ת מה"ד תמה דהרי מלוה תובע דאין לו רק שעבוד על המשכון גם לפי טענתו ואיך יוליא ממונה ממעות הלוואה בטענה ספק כדאית' בחו"מ סי' ע"ב ס"ד בהג"ה והוא מהרשב"א וע"כ לשונו ל"ד אלא מקתמא הכי הוא דאחזוקי איניבי בגניבי לא מחזיקינן וסיים וכי כ"ע דיכא גמירי בכסות שעשה לה ומה"ת דפשוט לכ"ע במה. דהרשב"א ז"ל בעלמו מסופק את"ד.

ונ"ל דלאו מטעם אחזוקי וכו' בא הרשב"א אלא לפי שלידד מתחלה לומר דיכול למכור ולהשכין של"מ לכן אמר כיון דים עוד ספק שהשכין מדעתה א"כ הוי ס"ס הא"ת"ל דהוי ספק אם יכול להשכין של"מ מ"מ כיון דים עוד ספק הוי ס"ס דאפילו לדעת הפוסקים בס"ס אין מוליאין ממון היינו דאין ב"ד בעצות מעשה להוליא מהמוחזק אבל הכא דהמלוה תפום ועומד בהכסות וס"ס מסייעתו ודאי אין להוליא

וממנו

מתני וכ"כ אחרונים דאם תפס וים ס"ס לזכותו אין להוליא ממנו.

ועוד נראה דיל"ד מה כוונת הרשב"א במ"ש ומ"מ נראה שלא הקנה לאשתו אלא ע"ד למיקם קמיה הא אין זה שייך לענין השאלה דלא איירי בגרושה ואלמנה ונ"ל כיון דלא הקנה לה רק ע"ד למיקם קמיה אין הכסות שלה רק כמו שאלה להשתמש בו לכן כשלריך לריוח ביתא הי"נ מהני מכירתו או משכנתו דג"כ עד"ז לא אקני לה שלא יוכל למשכנם ולמות ברעב או להפיל עצמו על הליבור והדר אמר דאת"ל דמ"מ אי' למשכנם כמו משאיל כלי תו"ז דעכ"פ קנתה להתכסית כ"ז דתיקום קמיה מ"מ אפשר משכן מדעתה וכיון דה"א כמי אין לה בגוף הכסות רק כמו שאלה להשתמש ומבואר בריטב"א פ"ב דקידושין דף מ"ז ע"ב דשואל כלי להשתמש אין לו קנין כלל בגוף הכלי דאינו דומה למקנה אילן לפירותיו דפירות יולאין מגוף האילן עיי"ש וא"כ אין זה דומה לטענה מלוה ולוה על המשכון דגוף המשכון של לוה אבל המלוה אין לו רק שעבוד לכן כשטוען המלוה טענה ספק הדין עם הלוה משא"כ הכא דהדין בין המלוה והאשה דגם האשה אין לה בגוף המשכון רק שעבוד ליהנות ממנו וא"כ אינה יכולה להוליא מן המלוה שו"ר בחת"ס חאה"ע סימן קנ"ו הביא מחידושי רשב"א בב"ק דף ק"ב דס"ל לחד תירולא דאין לאשה בגוף הכסות שעשה לה הבעל רק כמו שהשאיל לה וגרע משאלה דכאן יכול למוכרם ולמשכנם עיי"ש גם תומים סימן ע"ב ס"ג סקט"ז הביא דברי רשב"א הללו ומה דסיים הרשב"א דזה עיקר עיי"ש ובתו"ת הרשב"א ח"ד סי' קנ"ד כתב דאין הבעל יכול למוכרן ולהקדישן אלא דהתם היתה האשה מוחזקת אבל אם המלוה מוחזק כהך דסימן רפ"ו לא הכריע וק"ל כמו דלא הקנה לאשתו אלא ע"ד למיקם קמיה הלי רק להנאתו שתתקשט לפניו כתן לה ה"נ י"ל אומדנא דע"ד שלא יוכל למשכנם כשילטרך משום ריוח ביתא לא הקנה לה דזה מוכרח לו יותר משתתנאה לפניו ואת"ל דמ"מ הוי כהשאיל לה על זמן שתיקום קמיה ואינו יכול להפקיע זכותה תו"ז מ"מ כיון דאינה רק שאול אללה אין הגוף שלה א"כ י"ל שמא ברשותה משכנם אף דמלוה טוען שמא ואין הגוף שלו רק לשעבוד מ"מ לא הוי כבא להוליא מנכסי האשה בטענת ספק כיון דגם לה אין הגוף רק שאול להתנאות בהן וכן מבואר בתו"ת הרשב"א שם מעיקרא וז"ל שהרי שנין אותן לאלמנה ושמא אף לגרושה דאלמא לא לתכוון נתכן לאשה ואפילו בגדי חול כן ואל"ל בגדי שבת ורגל ומהרי"ק שורש יו"ד אות ח"ת הביא המלית דברי רשב"א הללו וז"ל שהשיב הרשב"א וז"ל מאן ליימא לן שאין הבעל יכול למשכן ולמכור כסות אשתו אם לריך להם וכדמהדר ליה ר"נ לרבא כי אקני לה אדעתא למיקם קמיה וכ"ש בכדון שלפנינו דמאן לימא דלא אפקיה מדעתה למשכוניה משום ריוח ביתא עכ"ל הרי דרשב"א מייתי רא"ה דיכול למשכן ולמכור ללורך משא דלא אקני לה רק אדעתא למיקם קמיה ונראה בכוונת הרשב"א שם אפילו לדעת הרי"ף שהביא שם דאין בע"ה גובה מכסות אשתו מ"מ יכול למוכרם ולמשכנם ללורך פרנסתו כיון דאמדינן דעתיה שלא נתן לה רק ע"ד למיקם קמיה דהרי לא נתן לה רק השאיל לה להנאתו שתתנאה לפניו ה"נ אמדינן דעתיה שלא נתן לה שלא יוכל ליטלן ללורך ריוח ביתה ובזלותו תלה מלתא אבל מה שלוה כבר לא על סמך כסותה ועתה בא הנושה לקחת אין בזה מעתה ריוח ביתא ואין בע"ח גובה ומטלטלין שהשאיל לוה לאחר על זמן ועדיין הוא הו"ז כדלעיל סי' עיין ס"ז ובחו"מ סי' פ"ו ס"ד בש"ך סק"י.

סימן ע"ד

ס"א הדירה בר"ת המדיר את אשתו מליהנות לו עד ל' יעמיד פרנס פרש"י אין הנאת תשמיש כאסר דהא משועבד לה הלכך בשביל תשמיש אין לכו לכופו להוליא והקשה ישועות יעקב בר"ס זה מתו"ב הרמב"ן בסוף ספרו שמע מרש"י נ"א דנדרים חלים על דבר מלוה היינו במפרש המלוה אבל בסתם כגון כדר מיין שלא ישתה אמרינן אין קידושא ואבדלתא בכלל כיון דמושבע ועומד מה"ס הוא לא כיון לזה וא"כ הכא דהדירה מהנאה סתם למה יהא תשמיש בכלל הא אונה תורה ועונתה לא יגרע את"ד וכ"ל כיון דקונם לא מפקיע השעבוד כ"ז שלא גרשה א"כ ליכא איסור אפילו לא הוליא בכונתו תשמיש ואסרה מליהנות לו סתם הוי לעולם וחל איסור תשמיש אחר שיגרשה כדאיתא בפרק אע"פ דף נ"ט ע"ב לענין קונם שאני עושה לפיך ואף דגם פנויה אסורה בביאה בלא"ה ואם יחזור וישאנה הא שוב יעבור על ועונתה לא יגרע מ"מ כ"מ דמתוסף עליו איסור קונם לרמב"ם דמדיר עובר או דמתוסף עליה איסור קונם דכדר חל על מלוה כדאיתא ביו"ד סי' רע"ו ס"ו וכן דעת רש"י בריש נזיר כמ"ש בא"ג שם וכ"ש אם איסור פנויה רק מדרבנן וגם כ"מ דאסורה להתקדש לו בביאה וכיון דלפי האמת אין קונם מפקיע שעבודו וליכא איסור הוי גם תשמיש בכלל לכן פרש"י הטעם דמשועבד לה ומתורץ בזה קושית התוספת על רש"י מהא דמשני בגמ' שם דהדירה כשהיא ארוסה וניסת דהא אז חל הקונם גם לענין תשמיש כיון שהדירה כשהיתה ארוסה ואז לא היה משועבד לה לתשמיש ממילא חל גם לאחר שניסת ועיין אס"ז מפורש הקושיא כן דא"כ ליתני דיוליא אחר שבעה ימים ולפמ"ש א"ש כיון דהדירה והנאתו לעולם אף לאחר שהכנסה לו ואז עוקר ד"ת ועונתה לא יגרע ממילא אין איסור קונם על הנאת תשמיש בכלל כיון דהקונם אין מפקיע השעבוד.

ובזה מתורץ מה שבירושלמי פריך ר"פ המדיר תמן תנינן המדיר את אשתו מתשמיש המטה ב"ה אומר שבת אחת והכא שלשים יום ומשני הכא במדירה מנכסיו הרי דלא כפרש"י דגם תשמיש בכלל ולפמ"ש א"ש דהא מיד פריך בירושלמי וים אדם נודר שלא לפרוע את חובו ומשני משום דבידו לגרשה ולפטור וא"כ גם בתשמיש חל הנדר אף דמשועבד לה כיון דבידו לגרשה ולפטור וכיון דחל הנדר הרי עוקר מלות ועונתה לא יגרע כ"ז שלא גרשה וא"כ אין תשמיש בכלל לכן משני דכאן מדירה רק מנכסיו היינו אף דאמר סתם שלא ליהנות לו אין כונתו על תשמיש ומשא"כ לפי המסקנא בגמרא דילן וגם לפי מסקנת הירושלמי דקונם לא מפקיע משועבדו אף דבידו לגרשה א"כ אף אם הנאת תשמיש בכלל כונתו אינו עושה איסור שפיר הוי תשמיש בכלל אלא כ"ז שהיא תחתיו אין קונם מפקיע השיעבוד ולאחר שיגרשנה חל האיסור גם על תשמיש ועמ"ש לעיל סי' ע"ב וא"ל הא אפ"ת דקונם מפקיע שיעבוד תשמיש לא קשה דליתני יוליא אחר שבת אחד כיון דאז אין הנאת תשמיש בכלל ולמה הוצרך רש"י לתרץ דקונם אין מפקיע השעבוד דזה לק"מ כיון דעכל"ל אחת

מסתים

משתים דלפיכך לא קתני יוליא אחר שבת אחת או משום דאין תשמיש בכלל או משום דמשועבד לה ולפי המסקנא דקונס אין מפקיע משעבוד הוי תשמיש בכלל נקט רש"י התירוץ שהוא אמת לפי המסקנא וכ"מ לדינא כמ"ש וגם אם יאמר הבעל שנתכוין גם על הנאת תשמיש ועיין רדב"ז ח"ג שאלה ת"ו על הנשבע לאשתו שלא להפרידה מאמה ואחיה ורולה אח"כ לעלות לא"י דל"ל אומדנא שלא נתכוין על א"י דמלוה לעלות אלא דעל דעת אשתו נשבע.

והתוס' דהקשו על רש"י לא ניחא להו בכך דס"ל אאת"ל קונס לא מפקיע משועבדו ועי"כ מיתר לשמש מ"מ אם כונתו באיסור הנאה גם על תשמיש עושה איסור אף דלא יעבור על ועונתה לא יגרע דהא הובא בר"ן נדרים דף כ"א תוספתי וז"ל אף נדרים שאמרו מותרין מכין שלא יהא אדם נודר בהן כדי לבטלן ת"ל לא יחל דברו לא יעשה דבריו הולין והובא ברמב"ם פ"ד מה"נ ה"ד ובטוי"ד סימן רל"ב סי"ג ובזה א"ש מ"ש תוספת דאין איסור תשמיש בכלל הנאה דלמה לא ומפרש דקי"ל קתם נדרים להחמיר אלא ה"ע דודאי אין כונתו על איסור לעבור על ועונתה ל"י ואפילו הקונס לא יפקיע משעבוד מ"מ עובר על לא יחל דברו ואף דע"כ דעתו לעבור על שארה וכסותה לא יגרע כבר הבאתי לעיל בשי' ע"ב מהרמב"ם פ"ב מהלכות תמורה ה"ג דגם בכה"ג אמרינן חזקה דלא נתכוין לאיסור כל מה דמלינו להחזיק הרע במיעוטו ולומר דלא נתכוין על שלשה איסורין אף דודאי נתכוין לעבור בדיבור זה על שני איסורין.

ובזה ארווח לנו לתרץ מ"ש הפרישה דאם נדרה היא מהניית מזונו והוא קיים לה או תלתה קישוט ופירות בהניית מזונו דלא אמרינן מסני סני לה כיון שלא תלתה בתשמיש ולא יוליא עד לאחר ל"י שמא תמלא פתח לנדרה או שמא ימלא פתח לנדרו או שמא ישאל הוא על ההיקם והביא ראיה מהתוספת והובא בב"ש כאן סק"ג וכ"ד הש"ך ביו"ד סי' רל"ה סקי"ג ותפס עליו בני אהובה פי"ב מה"א הכ"ד דא"כ מה פריך בר"פ המדיר את אשתו מליהנות לו כיון דמשועבד לה היכא מלי מדירה דלמא מיירי רישא דומיא דסיפא דנדרה היא וקיים לה הוא ואעפ"כ קאמר שמואל דלא יוליא עד ל"י שמא ימלא פתח דכאן לא מסני סני לה כלל ובשלמא לרש"י דהשמיש בכלל הנאה ולכן אם נדרה האשה ל"ש דמשועבד לה ובשבעה ימים סגי ובמשנה תנן ל"י אך התוספת הא ס"ל דהשמיש אינו בכלל הנאה אח"ד ולפימ"ש א"ש הא דלתוספת תשמיש אינו בכלל הנאה דחזקה לא נתכוין לעבור על ועונתה לא יגרע או עכ"פ על לא יחל דברו, אבל כשהאשה נדרה דקי"ל כל הנודרת ע"ד בעלה נודרת לא עבדה שום איסור דאם יפר לה הרי ע"ת זה נדרה שלא יהא נדר ולא עברה בלא יחל ואם יקיים לה תקיים נדרה ואינה עושה שום איסור כיון דמקיים לה אינה מורדת מתשמיש וא"כ גם תשמיש בכלל הנאה וכיון שקיים לה מסני סני לה ולמה לא יוליא לפני ל"י.

אמנם רש"י ס"ל אף דיש בזה איסור לא יחל כשנודר דבר שא"א לקיימו ומותר הנדר מ"מ ל"ל בזה חזקה דלא נתכוין לזה דהרי טעם דארבעה נדרים דאל"ל התרת חכמים משום דכן דרך התגרין והעולם לידור בכה"ג כמ"ש הר"ן והרא"ש בריש ארבעה נדרים ובטוי"ד סי' רל"ב ס"ג וס"ד וכיון דאין דרכן של בני אדם ליזהר בזה ל"ל חזקה וכמ"ש הה"ת פ"א מה"א ה"ד דהיכא דלאו כולהו אינשי זהירי ל"ל חזקה לא נתכוין לאיסור.

סימן ע"ה

ס"ד אמר האיש לעלות לא"י והיא אינה רולה תלא בלא כתובה במצ"ע ח"א סי' קנ"ע כתב אם רולה לעלות לא"י ואו"א אין מניחים לו יעלה ואין לו לחוש לכיבוד או"א כי גם הם יכולים לעלות עמו ויתקיימו ב' מלות כיבוד אב ואם ומלות א"י עיי"ש ול"ע מב"ר פרש' לך לך דא"ל הקב"ה לאברהם אבינו ע"ה לך אני פוטרך מכיבוד אב ואם ולא לאחרים והא גם אחרים פטורים כשרולים לעלות וא"ל דקודם מתן תורה לא היה מלוה לעלות דהא הקב"ה א"ל לך ועוד דאברהם אבינו ע"ה קיים כל התורה וגם מלות כיבוד או"א לא נלטוו עד מתן תורה וי"ל התם שאני דתרח לא היה מחויב לעלות דלא נלטוו ב"כ ואאע"ה דנלטוה לעלות הא קיים כל התורה וקבל עליו היה מחויב במלות כיבוד לכן לולא דפוטרו הקב"ה ומשום דתרח רשע לא היה נדחה מלות כיבוד דהוקש כיבוד או"א לכיבוד המקום ולפ"ז אם א"א לאו"א לעלות מפני שאין להם בא"י ממה להתפרנס או שאר עיכוב אפשר מודה המצ"ע דכיבוד עדיף.

עוד כתב אפילו גם אשתו אינה רולה לעלות מפני שכ"כ בכתובתה מ"מ נהי דנכסיו אין כופין לשום אדם לעלות משום דהוה כמלוה דמתן שכרה בלדה מפני המעלות שבה וגם שלב כל אדם נוקפו אם יוכל להתפרנס שם ויש בזה כמו פיקוח נפש אפ"ה זה שאמר לעלות ואין לבו נוקפו כופין אותה שהבעל חייב במזונותיה ואם אינה רולה ומקרבת לב"ד תלא שלא בכתובה שהתנאי אינו מועיל לה אלא לגבי בעלה שאינו יכול לכופה לא לגבי ב"ד דכופין משום מלות א"י ואם לא תשמע תהיה עוברת על דברי חכמים אח"ד ולי ל"ע לפימ"ש בשו"ת הרא"ש כלל ל"ב ס"ח דלא מיקריא עע"ד משה שתלא בלא כתובה אלא בדברים שמכשלת בהם הבעל בדברים המפורשים במשנה מאכילתו טבל ומשמשתו נדה אבל אכלה דם ונבלה אינה מגרשה בלא כתובה ואין לומר דה"נ מכשילתו דא"י לעלות זולתה דאפשר לא יתנו לו אשה כשים לו. אשה אחרת בח"ל ומוכרח לגרשה וכיון דמגרש מחמת הכרח א"ל ליתן כתובה דהא התנתה עמו שלא יוליאה לעלות לא"י ואין עליה שום חיוב מחמתו ואדעתא דהכי כתב לה כתובה וא"ל לפימ"ש רמב"ן בספג"פ דף קנ"ה ע"ב כיון דפריעת בע"ח מלוה מה"ת וכופין על מ"ע אף אנו יורדין לנכסיו ומקיימין לו מ"ע שלו בע"כ עיי"ש דשא"ה דע"י יורדין לנכסיו מקיימין לו המ"ע משא"כ הכא דבזה שלא יתן לה כתובה לא מקיימין לה המלוה לעלות גם מהר"ם גלאנטי הובא בכנה"ג הגה"ט אות ע"ו כתב אם התנה בפירש שאינו יכול להוליאה אפילו לא"י אינו יכול להוליאה וכ"כ רדב"ז ח"ג סי' ת"י דע"י תנאה נסתלק ממנה דין הכל מעלין לא"י.

ואם התנה סתם שלא יוליאנה לדור לשום מקום אחר כתב שם המצ"ע דאפשר לומר כי אין כונת שלא במקום אחר כי אם לח"ל ולא לא"י שלא יתנו עמ"ם בתורה אמנם רדב"ז בח"ג סי' ת"י כתב בנשבע לאשתו בשעה שנשאה שלא יפרידנה מאמה ואחיה ועכשיו רולה לא"י דל"ל אומדן דעתו הוא שלא נשבע

נשבע לה שלא יפרידנה ללכת למקום אחר אבל שלא יעלה לא״י לא היה בדעתו בשעת שבועתו ובעינן פיו ולבו שוין כיון שלדעת אשתו נשבע וכיון שכן דעתה היא ולא יפרידנה מאמה אפילו ללכת לא״י אפילו שלא פירש כמפרש דמי שהרי לא רלתה להנשא לו אלא ע״ת זה ועיי״ש דמוכח דטעם זה כתב אפי׳ לדין המשנה דכופה לעלות לא״י וגם בזה״ז שנתברר לנו שיש לו אומנות שאפשר שיחיה ממנו גם בא״י אך לי ל״ע דברי כדב״ז מה בכך דעל דעתה נשבע כיון דיש מלוה גם לדידה לעלות לא״י כיוא דאם היה מפרש דלעלות לא״י תעלה עמו לא היתה מעכבת ואם דעכשיו אינה רולה מ״מ השתא נתחוולה ואפשר משום חומר השבועה לא סמכינן על אומדנא זאת דנהי דיאמר ברי לי שעד״ז שלא לקיים המלוה לא נשבעתי מ״מ א״י לומר ברי על דעתה והוא על דעתה נשבע ובאיסור דאורייתא לא סמכינן על חזקה לומר השתא נתחמלה וכדעת הרבה פוסקים הובא בש״ך יו״ד סי׳ כו״ן דבספק איסור תורה לא סמכינן על חזקה דמעיקרא וא״כ בתנאי בלא שבועה י״ל כהמב״ט.

עוד כתב שם המב״ט דאף אם היינו אומרים שהכונה היתה גם לא״י ויהיה התנאי חל בכולל דבר המותר שהוא ח״ל עם דבר איסור תנאי שלא לעלות לא״י אפ״ה לא יועיל לה תנאי זה עיי״ש ומהר״א ששון סי׳ ס״ד כתב דבתנאי לא אמרינן מגו דחל אהא חל נמי אהא הובא במל״מ פ״ו מהלכות אישות סוף הלכה י״א והמל״מ כתב שם לדחות ראיות מהרא״ם וא״כ בתנאי בעלמא בסתם בלא שבועה די״ל דלא נתכוין להתנות עמס״ב ועוד אפילו נתכוין בטל בזה התנאי דהמתנה עמס״ב תנאו בטל ובתנאי לא אמרינן מגו לדעת מהרא״ם שפיר י״ל כיון דבעל מוחזק אין להוליא ממנו הכתובה.

ס״ה לעלות לא״י הנה פליגי הפוסקים אם בזמן הזה מלוה לעלות לא״י וכתב בא״ה״ע כיון דאיכא פ״ד מי יוכל לכפות מי שאינו רולה לעלות ומייב ליתן לה כתובתה עכ״ל ובכנה״ג בהגהות ב״י אות כ״א הביא מן תומת ישרים סי׳ ס״ו כיון דאיכא פ״ד מי הוא אשר יכפה להוליא או לגבות כתובה או להפסידה ונראה כונתו אם האשה רולה לעלות והבעל אינו רולה דלפי דין הש״ס יוליא ויתן כתובה עכשיו דיש ספק אין לפסוק כן ואם האשה מסרבת לעלות עם בעלה לא״י דלפי המבואר במשנה תלא בלא כתובה אין להפסידה כתובתה עכשיו אבל ל״ל דלא תלא דבלא״ה במקום דליכא חדר״ג יכול לגרשה בע״כ וס״ל כיון דהספק בחיוב לעלות ואין מחייבין מספק ה״כ אין לקנוס מספק בענין ממון אמנם מהרשד״ם במאה״ע סי׳ רע״ו כתב אם אינה רולה לעלות אינו פורע לה כי אם הנדוניא אבל לא מנה ומאתיים ותוס׳ כיון דמחלוקת הפוסקים אם בזה״ז מלוה לעלות והובא ג״כ בכנה״ג אות כ״ה ואף דהוי ספק בפרעון ויש שטר כתובה בידה י״ל לפמ״ש בנה״מ בדיני תפיסה אות כ״ד דהיכא דקפק לב״ד בלא טענותיהם ושכנגדו ג״כ מסופק גם בספק פרעון ושטר אין מוליאין.

סימן ע״ו

ס״ד כל אדם חייב לפקוד את אשתו בליל טבילתה ובשעה שהוא יולא לדרך בזהר בראשית דף כו״ן ע״א איתא בשעה שבא מן הדרך נמי מלוה ויליף לה מקרא וידעת כי שלום אהליך ופקדת נוך ולא תחטא והובא בר״ח שער הקדושה פט״ז וכן נ״ל ראיה מברייתא דפ״ק דנדה דף י״ב ע״א דת״ר חמרין ופועלין והבאים מבית האבל ומבית המשתה נשיהם להם בחזקת טהרה ובאין ושוהין עמהן בין ישנות בין ערות וכן העתיק הרי״ף בפ״ס דשבועות הלכות נדה ואינו מובן מה זה ושוהין עמהן בא ללמדינו דאטו נדה ודאי אסור לדור עמה ונראה לפימ״ש בחידושי רשב״א בנדה דף ט״ו דשמא בבא מן הדרך התירו לפקוד את אשתו אפילו בעונה הסמוכה לוסת כדרך שהתירו לפקוד את אשתו בשעה שיולא לדרך אפילו בעונה הסמוכה לוסת עכ״ל וא״כ בא הא׳ ברייתא ללמדינו דלא תימא דוקא לפקוד את אשתו כשבא מן הדרך הקילו ולא הלריכוהו שהבדוק ולומר לו טהורה אני כיון דמלוה הוא לא חשו כמו דלא חשו בעונה הסמוך לוסת וכהא דאית׳ בנדה שם דבעי אם למיעבד כי הא מתניתא דפרש״י אי בעיא בדיקה או תביעה ופסיק דלא לריך דא״כ מגניא באפיה ותוספת פרשו שם אם לריך להקילה עד שתתייבב דעתה להשיב אם טהורה היא אם לאו מגניא באפיה אבל אם בא עליה דמו אין מלוה לפוקדה עוד הוה אמינא דלא ישהה עמה עוד במטה או לא ינא עליה עוד עד שתבדוק עלמה או ישאלנה ותאמר טהורה אני לכן קמ״ל דשוהין עמהן כבתחלה בלא שאלה ובלא בדיקה אך מה שהקילו כל כך גם לשהות עמהן הוא משום דהקילו בתחלה משום המלוה אם יהא מוכרח לפרוש אח״כ יהא לבו נוקפו ויפרוש גם תחלה וגם דלא ליהוי מילי דרבנן כי חוכא להתיר לו תחלה ולאסור אח״כ אף דיש טעם לחלק וכה״ג אית׳ בעירובין ק״פ הדר אלא דהתם שניהם לא קנו עירוב דיכולין שניהם לתת עירוב במקום השוה לשניהם ואין בו עיכוב מלוה משא״כ כאן דיש בו עיכוב מלוה הקילו בסוף משום תחלה וכדאית׳ ביומא דף ע״ז ובש״ע א״ח סי׳ ש״א סעיף ה׳ דבדבר מלוה התירו סופן משום תחלתן משא״כ בדבר רשות ובשו״ת בית יהודא בדיני מנהגים סעיף ס״ב כתב וז״ל ראיתי חדשים מקרוב נוהגין לאשה שבא בעלה ממדה״י להלריכה להמתין שלא תטהר לבעלה אפילו היתה בחזקת טהורה עד בהספור שבעה נקיים דחוששין לדם חימוד כדין תבעוה לינשא ונתפייסה עפ״י הוראת קלת חכמים והן אמת דזו הוראה תמוה וחששא זו לא נזכרה בשום ספר ואדרבה נראה דמלוה לפוקדה בליל שבא מן הדרך עכ״ל ונלא כלה דברי הזהר הנ״ל וגם אותן חכמים לא ראו דברי הירושלמי בנדה פרק כל היד הלכה ד׳ כל הנשים בחזקת טהרה לבעליהן אמר ר׳ יוחנן סונה אני אפילו לאחר שלש שנים מותר ובלבד באשה שיש לה וסת ולא מליכו בבבלי חולק על זה ואפשר ס״ל להנהו הכונים מדאמר בבבלי חייב לפקוד את אשתו בשעה שיולא לדרך ולא קאמר נמי ובשעה שבא מן הדרך ש״מ דפליג על הזהר ולכן אין ראיה נמי מהירושלמי דאפשר ס״ל דגם כשבא מן הדרך מלוה לפוקדה לכן לא החמיר משום שמלוה כמו ביולא לדרך דמותר בעונה הסמוכה לוסת אך דברי הרבב״א הנ״ל דלא כותייהו.

סימן ע״ז

ס״א בהג״ה דאם רולה לגרש מיד בחמ״ח תמה מי לא ידע בזה שהאשה מתגרשת שלא לרלונה ומה משמיענו בזה שהמגרש אשתו אינו נקרא מורד ונראה דכ״מ במקומות דליכא תקנת רגמ״ה דבזה מיירי

מיירי הרמב״ם שממנו מקור ד״ז שלא נתפשטה בארצו מ״מ אינה מחויבת לקבל הגט ברצונה ואם מחמת דד״מ אינו רשאי לגרשה בע״כ ואפשר מותרת כמי לעכב עליו ע״י השר וכמ״ש מהרי״ק בשרש קל״א והובא ברמ״א חו״מ סי׳ קכ״ו דאפילו לר״ת דס״ל אם רוצה להיות בכרגא דמתא מעכבין דלא מצי בני העיר לעכב עליו מלבא לדור שם היינו שאין ב״ד מונעים ממנו משום דמן הדין לא מצי מעכבו מ״מ יכולים בנה״ע לפעול אצל השר לעכב לסגור בפניו הפתח אפילו לכתחלה וקמ״ל רמ״א כיון דבעל רוצה לגרשה והעיכוב ממנה שאינה רוצה להתגרש ובע״כ א״י לגרשה מדד״מ או ידה תקיפה לא הוי מורד ופטור משכו״ע.

ס״ב ומאסתיהו רמב״ם פי״ד מה״א כתב דכופין הבעל לגרשה והתוספת והראשונים הקשו משילהי נדרים דאומרת טא״ל יוצאת ונוטלת כתובה וחזרו לומר שמא נתנה עיניה באחר והה״מ כתב דרמב״ם סבירא כן מהגמרא ומה שחלקו בין נוטלת כתובה סתר השעה״מ פ״ע שם דרמב״ם פכ״ד מה״א הח״י כתב דגם בטא״ל שזינתה ברצון שמא עיניה נתנה באחר אף דמפסדת הכתובה וכ״ל לפימ״ש הרא״ש בשילהי נדרים לחלק בין אומרת גרשתני לטא״ל דאם אומרת גרשתני יש חזקה דאין אשה מקלקלת א״ע להיות יושבת באיסור א״א כל ימיה וילע״ד דגם בטא״ל ואינו אמת למה ניחוש דעכ״ב דבין אם נפרש למסקנה ראשונה דכופין אותו להוציאה א״כ הוי גט מעושה שלכ״ד דלא הוי גט כמבואר באה״ע סי׳ קל״ד ובין אם אין כופין אותו רק אומרים דאסורה עליו וחייב להוציאה עכ״פ אנן סהדי דמחמת זה מוציאה בטעות והגט בטל וכ״כ בו״ש חאה״ע סי׳ י״א וא״כ למה ניחוש דעכ״ב דהא תשב באיסור א״א כל ימיה ומה זו טענה שטען הרא״ש דבטא״ל מגרשה וי״ל דכ״ע ל״ד גמירי ומכ״ש נשים וא״י דאם בטעות מגרשה לא הוי גט ואזיל לשיטתו בפרק הכותב והובא בש״ך חו״מ סי׳ ס״ו ס״ק כ״ו לענין מגו דכ״כ דכ״ע ל״ד גמירי אבל הש״ך שם סתר דבריו בכמה ראיות דלא אמרינן כן רק כמפורש בש״ס וגם התם יש טעם בדבר ומהרי״ט בתשובה אסברה דהבא לטעון חוקר ודורש תחלה איזה טענה יועיל לו ואין להקשות להרא״ש דלמה ניחוש דעכ״ב דאין יודעת הדין הלא ב״ד יכולין להודיעה הוי יודע אם לא נטמאת הוי גט בטעות ועדיין א״א את ולמה חזרו מהשם דעכ״ב יתקנו דיאמרו לה כן די״ל הדא דתסבור דהב״ד מטעין אותה כדי שתחזור ותודה שלא נטמאת ועוד דאז תחזיק דיבוריה שאמרה תחלה וכמו אם אמרה תחלה שלא בפני בעלה שגירשה תו ל״מ לומר אח״כ בפני בעלה גרשתני אף דחזקה אין אשה מעיזה פניה בפני בעלה כמ״ש הריב״ש סי׳ קכ״ז הובא בד״מ סי׳ י״ז וב״ש שם סק״ג וכ״ז להרא״ש דאמרינן דכ״ע ל״ד גמירי אונס לדידן א״ל לזה נהי דחזקה אינה מקלקלת א״ע ולא שכיח שתקלקל עצמה ה״נ זנות לא שכיח הן באונס דל״ש הן ברצון וכמ״ש הריב״ש סי׳ תמ״ז דאין תולין בזנות אפילו על צד הרחוק לכן בטא״ל חוששין דנתנה עיניה באחר אבל באומרת מאיס עלי י״ל כיון דאם משקרת הוי גט מעושה שלכ״ד ואינו גט וגם לרמב״ם בפ״ב דה״ג עכ״פ גט פסול הוא מכ״ש לכל הפוסקים דבטל מן התורה א״כ חזקה אינה מקלקלת א״ע וגם הוי ברי כנגד שמא דבעל א״י מה דבלבה וכמו בברי וחזקה מוציאין ממון כדאיתא בפ״ק דכתובות דף י״ב ע״ב ה״נ מוציאין ממנו אשתו בעל כרחו ומצאתי קצת מזה בבני אהובה פי״ד מה״א.

ובח״ר בפרק אע״פ דף ס״ג ע״ב הוכיח במ״ע אין כופין מיבמות פרק ב״ש הנודרת הנאה מיבמה אם מתכוונת כדי שלא תתייבם לו מבקשין ממנו לחלוץ והא ודאי דמאיס עליה ומ״מ אין כופין ועל הרמב״ם לאו קושיא הוא לפמ״ש המל״מ פ״ב מהלכות יבום דזה לא הוי כמאוס עלי אא״כ אמרה להדיא מאיס עלי דאזי באמת כופין אותו לחלוץ והה״מ שם ס״ל דזה הוי כמ״ע אלא דמבקשת כתובה ומ״מ לרמב״ם כשאינה מבקשת כתובה כופין אותו לחלוץ אך הרשב״א לא ס״ל לא כהמל״מ ולא כהה״מ ולפימ״ש י״ל דבשלמא באמרה בעלי מאיס עלי וכופין אותו לגרש דהגט בטל לכל הפוסקים זולת לרמב״ם דאינו רק פסול מדרבנן אם בטעות כפוהו הב״ד אזי חזקה לא מקלקלת א״ע להיות יושבת באיסור א״א כל ימיה משא״כ ביבמה לשוק דאינו רק בלאו ואין הבנים ממזרים הוא איסור קל בעיניה דלהכי אינה נאמנת לומר מת יבמי כדאיתא ברמב״ם פ״ג מהלכות יבום הלכה י״א ולרמב״ם לפימ״ש דבמאיס בעלה עליה כופין משום חזקה דאינה מקלקלת א״ע לטעותו אף דהגט רק פסול מדרבנן ל״ל שאני הא דאין נאמנת לומר מת יבמי דמה שאשה נאמנת לומר מת בעלי משום דדייקא ומנסבא משא״כ ביבם לא דייקא על ספק לאו דנעלם ממנה ואינה יודעת אם חי ומוספת דתשאר עגונה משא״כ באומרת מאיס עלי יבמי לא תקלקל עצמה במה שיודעת דמשקרת רק משום דעכ״ב וא״ל להתעגן אם תתייבם לו.

ובני אהובה כתב אם מגרש ברצון ודאי דהאמת אתה דיש רגל״ד למאוס בו ובכפיה ליכא למיחש דהיא באיסור א״א כל ימיה עכ״ל וא״ל לזה דגרע מגרש ברצון מחמת טענתה מאיס עלי דאם מטעהו אותו הוי גט בטעות דאנן סהדי אלו ידע דעכ״ב לא הוי מגרשה משא״כ אם כופין הב״ד אותו ל״ל אלו ידע לא הוי מגרש דע״כ מחמת הכפיה גירש כמ״ש הר״ן בשבועות פרק שני עיי״ש והובא בב״ת סי׳ יו״ד ובחת״ס סי׳ כ״ה בחלק אה״ע וגם בכפיה לדעת הרמב״ם אינו רק פסול דרבנן דמחמת אונסא גמר ומגרש כמ״ש הרמב״ם בספ״ב מה״ג.

ולכל הדברות יל״ד בהא דשילהי נדרים דתנן חזרו לומר שלא תהא אשה נע״ב ומקלקלת על בעלה דיותר הכ״ל דמקלקלת את עצמה להנשא לאחר בגט מוטעה ובטל ולרמב״ם דאינו רק פסול מדרבנן י״ל דמשום הך לא היו חוזרין מדינא דמשנה ראשונה דאינו רק חשש דרבנן והוי כמו גזרה לגזרה אך לשאר פוסקים דמעושה שלכ״ד בטל הגט לגמרי מן התורה קשה ולכאורה נראה כיון דב״ד לא טעו בדין דכך הדין לפי משנה ראשונה וכפוהו בדין לגרש ואגב אונסא דב״ד גמר ומגרש כשר הגט אף דבאו לזה מחמתה שאמרה שקר והא דמעושה שלכ״ד פסול היינו שהב״ד עצמם עשו שלכ״ד שטעו בדין אך אף דאפשר לומר הכי אינו מוכרח מכח הקושיא זאת די״ל כיון דעכ״ל מה שאמרו האומרת טא״ל תביא ראיה ומתירין משום איסור משום מגדר מלתא יש כח ביד חכמים כמ״ש תוספת או משום דאפקעינהו רבנן לקידושין כמ״ש הר״ן מה״ט גופא הוי להו שלא לחוש לגט מעושה שלא כדין ולא היו צריכין לחזור ממשנה ראשונה אלא משום שלא תקלקל על בעלה שו״ר בחידושי חת״ס בסוף נדרים שהקשה כמו על הרא״ש דבגרשתני חזקה אינה מקלקלת א״ע לישב באיסור א״א כל ימיה הא בטא״ל כמו אם משקרת הוי גט

מעושה

מעושה שלכ"ד והגט בטל דמשום דכפוהו בדין לפי מה דאורה עא"ל גמר ומגרש ואין הגט בטל עיי"ש ולפימ"ש דלק"מ על הרא"ש אין תירוצו ודינו מוכרח.

ועוי"ל דהא דלמשנה אחרונה אינה נאמנת לומר עא"ל שמא תתן עיניה באחר לפי דמדינא בלא"ה נאמנותה מרופה אף די"ל חזקה אין אשה מקלקלת א"ע לגרום לגט מעושה שלכ"ד דפסול מ"מ כיון דהוי כנגד חזקת היתר אין להוציאה מחזקת היתר בחזקה זאת ואת"ל דחזקה דאינה מקלקלת דבאה מכח רוב עדיף מחזקה דמעיקרא כמ"ש תה"ד סי' ר"ז מ"מ כיון דקי"ל בבכורות רפ"ג דף כ"ף דלא אזלינן בתר רובא דתלי במעשה וכתב שם רמב"ן דמיעוט שאינו תלי במעשה עדיף מרובא דתלי במעשה ואף דלכאורה אינו מוכרח אלא דשקולין הן מ"מ בספק שקול עדיף הלך שאינו תלי במעשה והשוב כרוב נגד הלך התלי במעשה א"כ כשאומרת טא"ל שזינתה ברצון או באונס שתלי במעשה אינה נאמנת אף דרוב שאין אשה מקלקלת א"ע מסייעה אלא דבמשנה ראשונה דנאמנת לאו מדינא היה אלא תקנה כמ"ש הר"ן בנדרים שם לכן חזרו אח"כ וגדרו שלא תהא נאמנת דחשבו שהקלקל על בעלה בחנם שנתנה עיניה באחר אבל בטענת מאיס עלי דאין הטענה נגד חזקת היתר ואינה מחמת שבה התלי במעשה נאמנת מדינא מחמת חזקה דאינה מקלקלת א"ע שתלא ותכבא בגט מעושה שלכ"ד ובו"ש וחזקה מהני להוציא ממון ה"נ לכופו על גט ־לא חששו שמא עכ"ז ותקלקל על בעלה דמה הזית דלמא דידיה סמוק טפי כיון דמדינא נאמנת ועוד לפימ"ש ריטב"א בפ"ב דכתובות דף כ"ף אם בעינן למיעבד תקנה לריכין לחוש שלא יבא מתקנה זאת שום ריעותא בעולם עיי"ש לכן כיון דטא"ל דנאמנת למשנה ראשונה רק תקנה התקינו כמ"ש הר"ן לכן חזרו אח"כ כשראו שמחמת תקנה זאת אפשר לבוא ריעותא אף דהוא ־רק על לד רחוק דהא חזקה אין אשה מקלקלת ה"ע משא"כ במאום עלי דאין נגד חזקת היתר ולא תלי במעשה דמדינא נאמנת כמ"ש לא חשו שמא מחמת זה תקלקל על בעלה וא"ל למה בהשמים ביני לבינך אין נאמנת למשנה אחרונה י"ל דזה ודאי מיעוט גרוע דהרי רוב מתעברות ויולדת א"כ ע"כ רוב אנשים מורין כחץ ומהמיעוט שאין יולדין יש שאין המניעה מהבעל או משאר סיבות.

ועוי"ל לפימ"ש בשו"ת הרא"ש כלל מ"ג דין י"ב אשה שטענה על בעלה שאין לו גבורת אנשים לבא עליה כדרך כל הארץ ותובעת ממנו שיגרשנה ואינה תובעת כתובה בב"ד נאמנת כיון שהבעל מכיר בשקרה חזקה דאינה מעיזה פניה בפני בעלה וכופין אותו להוציא אבל לענין ממון כיון שעומד ולווח שי"ל ג"א ושלא כדין הוא מגרשה אין כח לב"ד להוציא ממנו ממון את"ד עיי"ש והובא בטור ש"ע לקמן סי' קכ"ד ס"ז ויש להבין כמו דאין כח לב"ד להוציא ממנו ממון איך כופין אותו להוציא אשתו בגט ונראה דס"ל דחזקה זו הוא מכח רוב דאין מעיזה ואין מוליאין ממון ברוב אבל לענין גט כיון דאין גוף האשה קנוי לו רק יש לבעל שעבוד עליה וכדאיתי' בר"פ הזורק גט אטו יד האשה גופה קנוי לבעלה וכן בנדרים ע"ו ב' ופ"א ב' דמשעבדא ליה ואיתא בשו"ת רמב"ן סי' פ"ה ראובן לוה משמעון על משכון שבעה דינרים ואח"כ אמר הלוה פרעתי לך חמשה דינרים וקח לך שתים והחזיר לי המשכון ושמעון אומר שאינו זוכר כמה פרעו הדין עם ראובן התובע משכונו מפני שגוף המשכון של ראובן ולא היה לשמעון המלוה שום־זכות בגוף המשכון אלא שעבוד ואינו יכול לתבוע מספק זכות מנכסי ראובן והובא בחו"מ סעיף י"ד וסכ"ד הרי דע"י ברי של לוה מוליאין מן המלוה המשכון אף דקי"ל באומר מנה לי בידך והלה אומר א"י דפטור דבו"ש לאו ברי עדיף דהתם בא להוליא ממון מגופו של לוה משא"כ הכא בא רק לסלק שעבוד שיש למלוה על המשכון וה"נ לענין כפיית הגט הוא רק לסלק שעבוד הבעל ומנה לכן מועיל החזקה דהוי כרוב לכופו לגרשה ואיתא ברפ"ב דכתובות דרוב כברי ושמא דמי ולפ"ז מה דהולך הרא"ש לבא מכח חזקה דאינה מעיזה משום דבעל מכחישה בברי וא"כ בטוענת מאים עלי דאין הבעל מכחישה בברי י"ל בו"ש ברי עדיף כיון דלבעל לית לו עליה רק שעבוד הוי הבעל התובע ומנה וזה טעמו של רמב"ם דנאמנת וכופין אותו להוליא והא דשלהי נדרים דטא"ל ושמים ביני לבינך דלמשנה אחרונה אין נאמנת ל"ל כמ"ש כיון דלא שכיח ויש לבעל סייעתא מן הרוב והוי כטוען ברי והאשה באה ולמשנה ראשונה דנאמנת מטעם דמגזה נפשה תקנו להאמינה לכן שלא יבא ריעותא מתקנתם חזרו לחוש שמא תתן עיניה באחר משא"כ במאיס עלי דנאמנת מן הדין מה חזית לחוש לתקנתו של בעל ולא לחוש לתקנת האשה ולהפקיע דינה והרא"ש דס"ל התם דבמאיס עלי אין כופין אותו להוליא וכדעת ר"י ור"ת דמדמין לטא"ל דאין נאמנת למשנה אחרונה ל"ל דס"ל דהתם נמי מדינא נאמנת כמשנה ראשונה ומ"מ חזרו ותקנו שלא להאמינה מחשש דתהן ־עכ"ז וי"ל קיוע לסברתם מדחזינן למשנה ראשונה יולאת ונוטלת כתובה הרי אלים טענתה אפילו להוליא ממון אבל הרמב"ם ס"ל דעיקר טעם דמשנה ראשונה דמחויב לגרשה כדי שלא לעגנה וממילא מחויב כתובה ממדרש כתובה לכשתנשאי לאחר תטלי מ"ם ליכי כמו באומרת מת בעלי דנאמנת רק מתקנה וכן כתב הרא"ש בפירושו לנדרים שם על משנה ראשונה דהאמנוה חכמים והכתובה נוטלת משום דכ"כ לה לכשתנשאי וכו' מדכתב והאמינוה חכמים ולא כתב דנאמנת מכח רק מתק"ח האמינוה וא"כ ל"ל דנוטלת הכתובה משום דכתב לה לכשתנשאי וכו'.

ולפ"ז י"ל טעם להירושלמי וכ"ד הרמב"ם בפמ"ו מה"א הט"ו לפי מה שהבינו בו הפוסקים דגם בטוענת שאין לו גבורת אנשים אינה נאמנת דקשה הא דקי"ל דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה בדבר שיודע הבעל וכמו בגרשתני ולפי מ"ש י"ל כיון דרובא דעלמא אינם כן והרא"ש וסייעתיה דס"ל דנאמנת ל"ל דאנ"ס להו חזקה דאינה מעיזה גם כנגד זה ומ"מ להוליא ממון לא סמכינן על חזקה זו דמ"מ רובא וחזקת ממון מסייע לבעל משא"כ לכופו על גט לסלק רק שעבוד וכמ"ש וכ"כ בשו"ת הרשב"א ס"ס תרכ"ח בטוענת אינו יכול והבעל מכחישה דנאמנת וכופין אותו ליתן גט ולענין כתובה י"א משום דכתב לה לכשתנשאי וכו' וי"א דאין מוליאין ממון ולכאורה קשה דא"כ מה מותיב בשלהי נדרים ממשנה אחרונה דהשמים ביני לבינך דאין נאמנת על רה"מ דנאמנת לומר גרשתני ליתא שאני בהשמים דרובא דעלמא אינם כן ובלאו טעמא דידי ע"כ יש איזה חילוק לדעת הפוסקים דס"ל דטוענת דאינו יכול דאין נאמנת ובגרשתני נאמנת אלא בלא"ה ־קשה זה נמי על הרא"ש בסוף נדרים דכתב טעם דנאמנת בגרשתני דחזקה דאינה מקלקלת א"ע ־כיון דאינה מבקשת גט דה"ל לש"ס לתרך זה הקושיא שעל רה"מ והשמים אע"כ

אע"ג דאה"נ דהיה יכול לתרץ בלא"ה אלא מפני רק חדא תירוצא כדאיתי' הכי בב"ד ועוד תינח אם מעט זמן אחר שניסת לו טוענת בהשמים בינו לבינה או אין לו גב"א אבל אחר יו"ד שנים ולא ילדה הרי ע"כ יצאו מן רובא דעלמא וסתמא תנן במשנה אחרונה דלעולם אינה נאמנת בלא בא"ה ומחמת טענה דבעי בנים לזקנותה ולקבורה ואף דרמב"ם בפט"ו מה"א הט"ו כתב הך דינא דהמשנה אחרונה רק תוך עשר שנים אומרים לה שתמתין אבל אח"כ כופין וכ"כ בשו"ת רמב"ן סי' קל"ט בדעת הרמב"ם מ"מ אם הש"ס היה מתרץ כן היה צריך להאריך הרבה כמבואר בה"ג בכללי הגמרא ועוד דרה"מ לא הזכיר רק חזקה דאינה מעיזה משום דאלימא לדידיה ולכן מותיב לרה"מ והרא"ש דהוכרח להזקה דאינה מקלקלת א"ע משום דחוייא דרבא דזימנין דמעיזה.

עוי"ל לפימ"ש בני אהובה בפט"ו מה"א הט"ו לתרץ דברי תשובת הרא"ש בכלל מ"ג ס"ב דאם טוענת הכל יודעין כלה למה נכנסה לחופה חיישינן דעכ"ב ואם טוענת דצריכה בנים לזקנותה ולקבורה נאמנת משום דהעזה היא לאשה לתבוע עניני אישות בפני ב"ד דאמרו חכז"ל האשה תובעת בלב והיא מבקשה גט ונבעלה בפני ב"ד בשביל חמדת אישות הרי היא בחזקת העזה ול"מ לה חזקה דא"א מעיזה בפני בעלה משא"כ בבא מחמת טענה עיי"ש ולפ"ז י"ל שאני טענת השמים ביני לבינך ואינה בבא מחמת טענה וגם טענת דאינו יכול כיון דפרוצה כולא האי חיישינן דעכ"ב וכן בטא"ל כתב באה"ז משום שאין אשה עשויה לפרסם עצמה בכיוצא בזה אם לא דעכ"ב משא"כ במאיס עלי ואיני יכול להבעל לו דליתא להכהו טעוני שפיר נאמנת ולא חיישינן דעכ"ב כיון דברי ושמא ברי עדיף כשטוענת רק לסלק השעבוד מעליה.

ולפימ"ש ניחא מה דכתב הרמב"ם דבטוענת מאיס עלי אין לה כתובה ולא כתב דוקא באמרה שמוחלת הכתובה ולמה תפסיד הכתובה כיון דהכוסה היא כמ"ש הר"ן ובקו"א של הפלאה סק"ה נתקשה בזה דאפ"ת דאם אין מפסדת הכתובה שמא תתן עכ"ב מ"מ מנ"ל שתפסיד גם התוספת עיי"ש ולפימ"ש לרמב"ם דכופין אותו על הגט משום דהוי רק להפקיע שעבוד בו"ש ברי עדיף משא"כ לענין הכתובה ות"כ.

ונל"ע אף דמנה לי בידך והלה אומר א"י פטור אפשר רק בספק ממון ולא בצער גוף דאיתי' בפרק הזהב דף נ"ח גדול אונאת דברים מאונאת ממון שזה בגופו וזה בממונו והכא שטוענת מאיס עלי וא"י להבעל לו הוי צער גוף ואם לא יגרשה אגידה גביה ומורע ממנה עונה דהוי נמי צער גוף כמו שפרש"י בפרק הזהב דף נ"א אהא דבדבר שבממון תנאו קיים היינו שאר וכסות אבל עונה צער הגוף ולא ניתן למחילה ואם נאמר כן לק"מ מהשמים ביני לבינך דלמ"א א"כ דהתם אף אם אינו יורה כחץ לא מבטל עונתה רק אינו ראוי להוליד ע' תוספת ס"פ הבע"י דף ס"ה בד"ה שבינו ורמב"ם פט"ו מה"א הט"ו ובחולין דף קל"ד ובכ"ד איתא ספק ממונא לקולא ספק איסורא לחומרא לכן במנה לי בידך והלה אומר א"י פטור דספק ממונא הוא משא"כ בצער הגוף דאיסורא הוא בו"ש ברי עדיף והא דבטא"ל למ"א לא מהימנא אף דהוה בו"ש וספק איסור משום דאין דשב"ע פחות משנים דילפינן דבר דבר ממון ומשנה ראשונה רק מדרבנן החמירו.

וראיתי בבית יעקב בפרק אע"פ דף ס"ג ע"ב בד"ה במגו שכתב באונס שהוא רק איסורי כהונה ואינו דשב"ע דהא ע"א נאמן בזה כמ"ש הרמב"ם פט"ז מה"ק לכן אוסרין אותה מחמת שברא ג"כ משא"כ לענין אמירת רצון דהוי דשב"ע ואין דשב"ע פחות משנים עכ"ל ולא נראה כן בקידושין דף ס"ו דאמר התם אשתו זינתה בע"א אביי אמר נאמן ורבא אמר אין נאמן ומייתי אביי ראיה מעובדא דינאי מלכא דהיה ע"א דאמו נשבית ורבא דחי דהיו שני עדים והימו והא נשבית אינו רק משום אונס נפסלה לכהונה וראיית הב"י מהרמב"ם ל"ע ואפשר הרמב"ם איירי דהעיד אשה זו זונה והאינו הכהן קודם שבעל וכמ"ש בפ"ב מהלכות סוטה הלכה ע"ת אונס ומקור הדין מירושלמי פ"ו דסוטה ה"ב ופרק שני נזירין ה"א וכמ"ש המל"מ והתם איירי נסתרה בפני שנים ובא אחד ואמר אני ראיתי שנטמאת ובא בעלה כהן עליה התרו בו שנים לוקה עיקר עדותו לא בע"א הוא והיינו דנסתרה אחר קינוי דקאי בסוטה על המשנה שם דאיירי בהכי וצ"ל דגם רמב"ם איירי בהכי ומדנקט הירושלמי נסתרה בפני שנים מוכח דגם לענין לפוסלה לכהן אין ע"א נאמן זולת בקינוי ונסתרה דהא לענין כהן איירי.

אף דלא למשייה לאותו גדול הדור לטועה ח"ו י"ל דברמב"ם פ"א מא"ב הלכה כ"ב כתב המקנא לאשתו ונסתרה ובא עד אחד והעיד שנטמאה והיה בעלה כהן ובא עליה אח"כ הר"ז לוקה משום זונה ובהשגות כתב הראב"ד אינו כן דאינו לוקה משום זונה אלא משום טומאה דכל אונס בעד אחד לא קרינן ביה זונה אלא משום טומאה והכי איתי' ביבמות כל"ב דרבה וכן גורס המג"ע ותמה דמה ענין אונס לעד אחד ונראה דגם רמב"ם ס"ל דעד אחד אינו נאמן רק אחר קינוי וסתירה וכמבואר בפ"ק דכתובות דף ע"ת והראב"ד ס"ל דהא דע"א נאמן אחר קינוי וסתירה משום דרגל"ד שנסתרה אחר הקינוי ודאי כדי לזנות נסתרה אך תינה ברצון אבל אונס דעל זה ליכא רגל"ד דהרי לא רצתה לזנות אין ע"א נאמן אלא דזה דוקא לענין לאו דזונה דבערות דבר ילפינן דבר דבר ממון דעפ"י שני עדים יקום דבר אבל לענין טומאה גם ע"א נאמן וכיון דאיתחזיק איסור טומאה עפ"י ע"א הדר בא עליה כהן אח"כ לוקה משום טומאה דבזה לאו דטומאה לא כתיב ערות דבר ומדכתב הרמב"ם רק לענין כהן ע"כ דבאונס איירי והא דקיים הראב"ד והכי איתא ביבמות כל"ב אף דהתם לא איירי כלל לענין עד אחד י"ל דכי היכי דלא תקשי איך נחלק בין זונה לטומאה דאם אינה זונה מחמת ע"א גם לענין טומאה לא ניהמן להכי הביא הא דלישנא בתרא דרבה דס"ל ה"א שנאנסה לוקה משום טומאה ולא משום זונה ובהכי נסתלקו קושית המג"ע והה"מ למעיין שם אלא דהה"מ דילג בדברי הראב"ד אלו תיבות בעד אחד ולפ"ז ל"ק על הבית יעקב דמ"ש משום איסורי כהונה נאמן ע"א היינו א"א שנאנסה וליכא רק ע"א דאסורה משום טומאה ולא משום זונה ע"י ע"א אבל בקידושין דנשבית כשהיתה פנויה וכפרש"י שם ונאסרה לכהן משום דנבעלה לפסול לה אפילו באונס נעשית זונה וכמבואר ברמב"ם ריש פרק ח"י מא"ב בזה צריך שני עדים דמשום טומאה ליכא דלא כתיב אחר אשר הוטמאה רק בא"א ולפ"ז מתורץ קושית הר"ן בשילהי נדרים שם אהא דכתבו הראשונים בטעם משנה אחרונה דאומרת טמאה אני לך מותרת משום דאפקעינהו לקידושין

דהינה

דתינח אם נאנסה ונשר לה דלא מתקרה רק בא״א אם נאנסה מפסול כגון עכו״ם וכדומה גם פנויה אסורה לכהן עיי״ש ולפימ״ש א״ש דלענין זה אין האשה נאמנת דלא עדיפה מעד אחד אך מה דהימנוה בראשונה הוא רק לענין איסור טומאה לכהן דאסורה אף בנאנסה לכשר ולפיכך נקט הירושלמי דינו בקינא לה ונסתרה לפימ״ש הה״מ בפ״א מהא״ב הלכה כ״ב דמשום לאו דטומאה ליכא מלקות דהוה לאו שבכללות רק משום לאו דזונה לכהן וכ״כ הפ״מ בירושלמי שם דרק כהן לקי משום לאו דזונה ולא ישראל משום לאו דטומאה לכן דוקא בקינא לה ונסתרה נאמן ע״א לעשותה זונה ועיין הה״מ פא״י מהא״ב הלכה ו׳ ומל״מ שם הלכה א׳ בד״ה שוב ראיתי להרשב״א והגם דקשה להבין החילוק לענין עדות בין לעשותה זונה או טומאה מ״מ הרי הרא״ד מחלק ואפשר משום דמלא בה ערות דבר גבי בעלה ישראל כתוב דאיסורה משום זונה ה״נ כל מקום דאיסורו משום זונה צריך שני עדים דזה נקרא ערות דבר משא״כ איסור טומאה לכהן מחמת אונס אינו בכלל ערות דבר ובשב שמעתתא ש״ו סוף פט״ו הקשה דתוכה בפרק האומר דף ס״ד דאב שאומר על בתו שבוית ופדותה א״כ הא היכא דע״א נאמן גם קרוב נאמן ולפימ״ש שבוית שאני דזה הוי דבר שבערוה לומר דנבעלה לעכו״ם ובלא״ה נמי ע״כ מ״ש הרמב״ם בפט״ז מא״ס זונה אשה זו יוחזק בע״א ע״כ איירי בקינוי וסתירה מקודם בשני עדים דהא מקורו מהירושלמי הנ״ל וגם מפורש כן וכ״כ הרמב״ם בפ״א מהא״ב הכ״ב ובהלכות סנהדרין סמך על מה שהקדים בהלכות איסורי ביאה ועיין בש״ש שמעתתא א׳ פי״ג מה שפירש דברי הרא״ד בהשגות הנ״ל דלעשותה זונה אין ע״א נאמן אלא לענין טומאה לכהן נאמן משום דספק טומאה ברה״י ספקו טמא רק ע״י שתיית מי המרים טהורה וכיון דע״א אומר דנטמאה תו אינה שותה הוי ודאי טמאה משא״כ ללאו דזונה הוי דבר שבערוה ואין ע״א נאמן וזה ניתן להאמר אבל מה שפירש לשון ההשגות דבע״א אפילו ברצון אינו לוקה משום זונה אין הלשון הולמתו גם מ״ש הש״ש דהרא״ד הביא ראיה מלישנא בתרא דרבה דיש מלקות בלאו דטומאה ג״כ אינו נכון דהא גם לל״ק כן הוא דהא אמר אף משום זונה וגם משום טומאה לוקה ונראה כונת הרא״ד מה שהביא מן לישנא בתרא דרבה משום דאמר דע״א באונס לא קרינן ביה זונה דאם גם באונס נעשית זונה וכיון דע״א אינו נאמן דנאנסה לעשותה זונה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ולא מהימן נמי למלקי עליה משום טומאה לזה הביא דלל״ב דרבה כל באונס לא נעשית זונה וליכא מלקות משום לאו דזונה רק משום טומאה וזה הוי כשאר איסור דע״א נאמן ואין להקשות הא לל״ב אפילו אונס בשני עדים לא לקי משום זונה דה״כ בא״א שנאנסה מכשר לה אבל נאנסה מעכו״ם ופסול לה נעשית זונה עפ״י שני עדים רק בע״א כל אונס לא קרינן ביה זונה ולפיכך מהימן ע״א לומר על א״א שנאנסה ואף דל״ל פלגינן דיבוריה ואם אומר דנאנסה מעכו״ם פלגינן דיבוריה דהוי שתי מלות ומהימן דנאנסה ולא מעכו״ם ולקי משום טומאה אם אין מכחשת אותו דע״א בשכחשה לאו כלום.

ובש״ש שם פט״ז פכ״ו הביא מתוספתא רי״ד קידושין דף ס״ו במעיד על אשה שנשבית או שהיא גרושה וחלוצה לפוסלה לכהונה הוי דשב״ע וכדמוכח במתניתין דאמר בס ע״ב בן גרושה או בן חלוצה פסול בשנים והקשה על הרמב״ם פט״ז מסנהדרין דמהימן ע״א לומר אשה זו גרושה עיי״ש ונראה דכשמעיד שהיא גרושה עדיין אינו מעיד שעשתה ביאת איסור רק בא לאוסרה לכהן הוי מידי דאיסורא ונאמן ע״א משא״כ אם מעיד על איש שהוא בן גרושה הרי אומר דנולד מביאת איסור דאמו גרושה נבעלה לכהן באיסור זה הוי דבר שבערוה ואינו נאמן.

ועכ״פ אין סתירה מאומרת טא״ל דאין דשב״ע פחות משנים משא״כ בממון עלי כיון דהוי צער הגוף אינו דומה לממון דספק ממון לקולא לכן בו״ש לאו ברי עדיף משא״כ צער הגוף דהוי ספק איסורא ואמ״ז ונלאתי בשו״ת מהרא״ם ס״ס קל״ט שפסק לענין נזקי שכנים דהוי צער הגוף דאי״ל קי״ל משום דהוי צער הגוף הוי ספק איסורא והובא בספר תקפו כהן והחזיק בידו התומים בקונטרס תק״כ אות קכ״ז הרי דכופין את המזיק לסלק היזקו כגון קוטרא של תנור ובית הכסא ובית לביעה אף היכא דיש פלוגתא ואין המזיק י״ל קי״ל כיון דהוי ספק איסור.

ס״ג אם תפסה אין מוציאין מידה וא״ל תפסה אין נותנין לה כן הלשון בפרק אע״פ דף ס״ד ורמב״ם בפי״ד מה״א כתב אם תפסה אין מוציאין מידה ואם תפסן הבעל אין מוציאין מידו וכתב הריב״ש בסימן שס״ד דלא דק דאפילו לא תפס הבעל הן שלו כדמוכח בגמרא דאמר לא תפסה לא יהבינן לה הרי דלי״ד אם תפס הבעל אלא כל שלא תפסה האשה לא יהבינן לה ועיי״ש וברמב״ם גופא יל״ד דרישא וסיפא קשין אהדדי דברישא משמע דוקא שתפסה האשה אבל לא תפסה אף דגם בעל לא תפס הן שלו ובסיפא משמע איפכא וכן הקשה ככה״ג בהגהות ב״י אות כ״ו עוד דקדק דתחלה כתב אם תפסה וגבי בעל כתב אם תפסן עוד יל״ד כמו שלא כתב אם תפסה האשה ה״נ לא ה״ל לכתוב הבעל רק ואם תפס ונ״ל דכיון דכתב ברישא אם תפסה א״מ מידה וממילא משמע ה״ל תפסה אף דגם בעל לא תפס הן שלו והש״ס דקאמרה משום דקאי אעובדא דהתם דהאשה תפסה חד סירקי ולא כולן ואיפלגו תרי לישנא לחד לישנא מוציאין מידה גם מה שתפסה ולאידך לישנא מוציאין מידו גם מה שביד הבעל לכן אמר השני הפכים לאפוקי מהשתי לשונות ולכן לא אמר אם תפסה ואם לא תפסה אלא תפסה היינו מה שתפסה ולא תפסה מה שלא תפסה ורמב״ם קמ״ל בסיפא דין אחר ואם תפסן הבעל היינו דב״ד אין מוציאין מידה מה שתפסה אבל בעל עצמו תפסן אותן בלאות שתפסה האשה ומקודם אין מוציאין מידו וכמ״ש האחרונים והובא בספר ת״כ דבספ״ד דמהני תפיסה אם חזר אידך ותפס אין מוציאין מידו דלא דמה שתפסה כיון דדיכא דאין מוציאין מידה הרי מעתה הן בחזקתה ומחזיקין שהן שלה וה״א דלא מהני תו תפיסה דאידך דהוה כתפס מחמ״ק וכה״ג כתב בתשובות שור סי׳ י״ח או דה״א כיון שתפסה וב״ד לא הוציאו מידה אסח הבעל דעתו ונתייאש כמ״ש תה״ד בסי׳ ש״י הובא ברמ״א חו״מ סי׳ רס״ה ס״ג וש״ך חולק עליו וקמ״ל הרמב״ם כאן דאם תפסן הבעל לבלאות שתפסה האשה אין מוציאין מידו ונראה ראיה לזה דאין זה יאוש גמור מפ״ב דב״מ דף כ״ו ע״ב בהא דנפל סלע משנים דכתב שם הרא״ש דבעל אבדה אינו מתייאש דכסבור לא היה שם אחר וליומא אחרא אתפס מיד השני עיי״ש ה״נ לא מתייאש הבעל ממה שתפסה האשה והגמרא לא קמ״ל האי רבותא כיון דזה תלוי בפלוגתא דרים ב״מ אם ת״כ אין מוציאין מידו אף דמעיקרא

היה

היה שישראל מוחזק ופסקו הב"ד דאין מוציאין מידו וגם הלוי במיוחדא דר"כ בב"מ דף כ"ו ע"ב בהא דשלש שנפל מכיס והגמרא לא איירי בכתובות בהא רק בעובדא דכלתא דר"ן דתפסה מקלת והרמב"ם דנקט הדין ולא קאי אעובדא דבכתובות קמ"ל האי דינא כפי ההלכה ולכן דוקא אם תפסן הבעל אבל אם אחר שתפסה האשה נתגלגל הדבר שילאו הבלאות מרשות האשה ועד רשות הבעל לא באו הם של האשה כיון דיש לה חזקת מרה קמא ע"י תפיסה שלה וגם ריב"ש י"ל מודה בכה"ג ולא השיג על הרמב"ם רק מחמת שלא הבין כונת הרמב"ם בדקדוק זה.

וגם זולת סברת הרא"ש בב"מ שם דלא מייאש משום דבספור שיהפס ממנו י"ל לפימ"ש הרא"ש בפ' כילד הרגל סי' ב"ת דבספקא דדינא דאין מוציאין מידו א"כ כשתפס הבע"ד בעלמו שלא כדין תפס ואפשר דגם לרמב"ם ס"ל הכי דאסור לתפוס אלא דלא ס"ל כהרא"ש מה דכתב מכח זה אי תפס מפקינן מיניה כה' דאיקורא עביד מ"מ כיון דספק הוא אם של חברו היה הממע"ה לכן י"ל דלא מהכי יאוש כיון דבאיסורא בא לידו ע"כ אם חזר ראבון ותפסן מהם נמי לא מפקינן ובתרומה דף ס"ו איפלגי רב ושמואל אם יאוש כדי קני לכן לא קאמר הש"ס בכתובות אם חזר הבעל ותפס מה דינו דבפלוגתא אחריתי לא עסיק התם ואנן דקי"ל יאוש לא קני פסק הרמב"ם דמהכי כשתפס הבעל מה שתפסה האשה.

עוי"ל דהגמרא הוכרח לומר לא תפסה לא יהבינן לה דה"א כיון דאמרינן תפסה אין מוציאין מידה ע"כ דלית לו לבעל חמ"ק דאל"כ לא יועיל תפיסה שלה דהא היכא אמרא' בפ"ק דב"מ דף ז' יין דתפיסה ל"מ היכא דאיכא חמ"ק וכיון דלית לבעל חמ"ק ממילא אם הבלאות אינן ברשות שניהן יחלוקו לכן קמ"ל דלא תפסה לא יהבינן לה דיש לבעל חמ"ק אבל הרמב"ם דכבר פסק בכל ספק אי תפס לא מפקינן אף דיש לאידך חמ"ק לא הולרך לומר א"ל תפסה דלא יהבינן לה דקתמא כמו שלפני התפיסה היה בחזקת הבעל כן אם מונח ברשות שאינו של שניהם או מש"ה הולרך הש"ס לומר לא תפסה לא יהבינן לה אף דכבמע ממילא מרישא דאמר תפסה אין מוציאין מידה כיון דאיכא דאמרי ס"ל דלא הפסידה בלאותיה אפילו הן ברשות הבעל ורב גמדא ס"ל דהוי ספק ולעולם בתרי לישנא העיקר כא"ד אם כן ה"א אם תפסה דבזה ל"פ ר"ג וא"ד אין מוציאין מידה ואי לא תפסה דעביד מור עביד ודעביד מור עביד ומפרש דאינו רק הספק אם קנסיה רבנן להפסידה מה דמדינא מוטלת בגירושין לכן כ"ל לא תפסה לא יהבינן לה אבל הרמב"ם לא כ"ל זה כיון דממילא משמע מרישא דאם לא תפסה לא יהבינן לה וקמ"ל אם תפסן הבעל מה שכבר תפסה היא ויהא כונת הרמב"ם איך שיהיו מ"מ נכון לדינא אם אחר שתפסה נתגלגל לרשות שאינו של שתיהם דיהבינן לה וכמ"ש עוד כ"ל כיון דכתב רמב"ם זה על נכסים שהכניסה לו הרי הן קתמא ברשותו ואף הפקידן ביד אחר מקומן חשוב רשותו כמ"ש הרא"ש בפ"ק דפסחים סי' ד' וטו"ז הו"מ סי' קפ"ט בשם רשב"ם בפרק הספינה דף פ"ה וא"כ מה הלשון אומרת ואם תפסן הבעל מה לורך תפיסה והל"ל וא"ל תפסה האשה וכלשון הש"ס אע"כ כונתו שתפסן מרשות האשה ולכן לריך דוקא שיתפס דאל"כ אף דאחר שבאו לרשות האשה ילאו מרשותה לא יהבינן לבעל.

וכן כל מה שנאבד מנכסיה שקבל הבעל אחריותן עליו אינו משלם לה כלום ומה הכה"ג כיון דכבר כתב אם תפסן הבעל אין מוציאין מידו אף דהן בעין מכ"ש מה שנאבד דא"ל לשלם מכיסו ונראה משום דזה הוי כספק בפרעון כיון דכבר נתחייב באחריותן לשלם לה כשיגרשה אלא דמספ"ל אם מחמת מרדה נפטר ממנה י"ל דחייב עכ"פ לצ"ם כבנאבדו כמו בשכיהם מודים בהלואה ואין יודעים אם נפרע כדאיתי' בחו"מ סי' ע"ה ס"י וכן משמע הלשון אם תפסן הבעל אין מוציאין מידו דהב"ד אין מוציאין אבל הוא יש לו לצ"ם ואפשר רישא נמי דאמר תפסה אין מוציאין מידה רק ב"ד אבל מעלמה אם תרלה לצ"ם תחזיר כיון דדינא מעיקרא שלא להוציא ממנו שלא כדין תפסה כמ"ש הרא"ש בפרק כילד הרגל ס"ב ואף דבעל היה חייב לצ"ם מ"מ אסור לה לתפוס כיון דאינו רולה לצ"ם ומדינא אין להוציא מידו וכה"ג מלינו בפרק בן סורר ומורה דף ע"ב בתוספת ד"ה לא קבלינהו כיון דהם לא היו רולין להחזיר אא"כ יתחייבו בדיני אדם עיי"ם ואף דהיכא דפטור מדיני אדם משום דקי"ל בדרבה מיניה חייב לצ"ם ואם תפס אידך לא מפקינן מיניה כמ"ש האחרונים בחו"מ סי' כ"ה הובא בפ"ת שם סק"ו מ"מ לא קבלינהו רבא אף דלאחר שיהיו בידו פטור מלהחזיר ואפשר מה"ט הולרכו בגמרא וברמב"ם וש"ע לומר אם לא תפסה אין נותנין לה אף דכבר ממילא נשמע ונדאמר ברישא תפסה אין מוציאין מידה אלא לומר דרק הב"ד אין נותנין לה אבל מעלמן אם רולה לצ"ם לריך ליתן לה ולכן קמ"ל דאם נאבדו אינו משלם לה אפי' הוא עלמו אינו לריך לצ"ם לשלם דלא אמרו דיש ספק אם הפסידה הל"ב שהכניסה אלא כשהם בעין כדאמר בכתובות שם דבבלאותיה הקיימין בעי רבא אם הפסידה ובסוף ב"ק דף ק"ח אמר מה דתנן שם חייב לשלם ופטור מלשלם היינו לצ"ם וכאן מוכח כן ממה דשינה מתחלה שאמר אין מוציאין אין נותנין ואח"כ אמר אינו משלם ובנתיבות בדיני תפיסה ס"ק כ"ד כתב היכא דיש ספק לב"ד בלא טענותיהם ל"ד לאי' אם פרעתי ולפע"ד מכאן משמע דגם כה"ג חייב לצ"ם.

אם אביה תפס מנדוניא שהכניסה לבעלה מהני כאלו תפסה בעלמה החו"מ וב"ש דחו זה דאביה תופס לבע"ח במקום דחב לאחריני ותומים בקונטרס תק"כ אות קכ"ו הלדיק דעת רמ"א כיון דהוי ספ"ד אם מורדת הפסידה אפילו כשהבעל מוחזק לכן מהני תפיסת אב ולאו דוקא אב ואפילו אחר די"ל קי"ל דלא הפסידה ולאו של בעל אני תופס עיי"ם ולא נראה דהא הוכיח ריב"ש בקיזון שס"ד דאפילו לא תפס הבעל כל שלא תפסה האשה נותנין לו וא"כ כשתפס האב ואנו דנין אם להוציא מידו ליתן להבעל דאם כבר נתן האב לבתו הרי תפסה היא וכל דין תופס לבע"ח דלא מועיל היינו נרס שבא ליד זה שתפס בעדו וא"כ כשמונח ברשות האב אינו ברשות האשה ולא שייך לומר קי"ל הלא שלא להוציא מהמוחזק כשהספק אם הוא של המוחזק ואם הבת עשתה לאביה שליח ג"כ לא קי"ל כרש"י כדאיתי' בחו"מ סי' ק"ה וכ"פ רמ"א לקמן סי' ל"ג סכ"ג ומהרא"ם סי' ס"ז כתב דמסתבר דשליח שתפס במקום שחב לאחרים י"ל קי"ל ולא נראה וכ"כ בנה"מ בדיני תפיסה אות כ"א דהעיקר דלא שייך כלל חזקת ממון לומר קי"ל כשהממון ביד אחר.

ומה שכ"ל הוא דזה תליא בפלוגתא שבירושלמי

דכתובות פרק נערה ה"ו אהא דמי שהלך למדה"י ועמד אחד ופרנס את אשתו הניח מעותיו על קרן הצבי דפליגי בה ח"א לא אמרן אלא אחר אבל אב גובה וח"א דל"ש והרי דמ"ד אב גובה דהוה כמוטלת עליו דודאי אינו יכול לסבול שתמות בתו ברעב או תחזיר על הפתחים ואפילו לא ירצה כופין אותו כדאיתי' ביו"ד סי' רנ"א ס"ד לכן ס"ל לאותו מ"ד דאב שפרנס בתו גובה מהבעל דאף דקי"ל בחו"מ סי' קכ"ח אין אדם נתפס על חברו שאני הכא דהוי כהטילה הבעל על אביה כיון דכן דרך דמלאס אביה תאכל הוי גרמי דברי היזקא והנה אכן קי"ל דגם אב איני גובה משום דמספק אין להוציא מיד הבעל וכמ"ש הר"ן בפרק נערה והג"א בפרק מד"ג ועמ"ש לעיל סי' ע"ן ס"ח וא"כ הכא דכדוניא כאלר ביד בעל וככסי מלוג אינו מגלי כדאיתי' בפרק נערה דף מ"ז ע"ב ובמה תתפרנס אם לא תמשל אביה ואם כן מהני תפיסת אביה לנדוניא דיש לאב גופא זכות בזה שיהא לה מעות ממה להתפרנס וכיון דיש לד זכיה בתפיסה זו להאב מגו דזכי לנפשו זכי נמי לחברו כמו שהעלו הפוסקים בחו"מ בסי' ק"ה ומהרא"ם ק"ם ס"ז וכיון דתפס האב וטוען או טוענין לו קי"ל דמזונת בתו נוגע לו וחשוב זכי לנפשו נמי אין להוציא מידו ואפשר גם למ"ד דאב נמי אי פרנס בתו פטור הבעל מלהחזיר לו דנהי דכופין את האב לפרנס בתו היינו בשביל דמחויב לפרוע חוב הבעל לאשתו אלא מתורת לדקה ונתפס על חברו פטור חברו מלהחזיר לו אף דאם חברו היה משלם בעצמו לא היו כופלין על זה שישלם כיון דזה לא היה מחויב לשלם בעדו מ"מ חשוב הנאה לאביה במה שיש לבתו להתפרנס וא"ל ליתן הלדקה דהא מבואר בפחז"ה דף מ"ג ובחו"מ סי' ל"ז ס"כ דהאומר ניתן מנה לעניי אותו עיר אין מוציאין ראיה מאנשי אותו עיר אפילו מהעשירים כיון דהעניים ראו עלייהו לפרנסם בתורת לדקה חשובים נוגעים וכל נוגע דפסול דהוי כמעיד לעצמו ה"כ חשוב האב בתפיסת הנדוניא זכי לעצמו.

אמנם מה שליין ד"ז הגהות מרדכי בשם תשובת מוהר"ם הוא מחמת שקילר הב"מ לשון התשובה וז"ל בה בהג"מ סי' ר"ל ושאלתם אם הנדוניא עדיין ביד החתן והתפיסה לבתו אי חשוב כתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא דמי דהא אפילו באו ליד בעל יש ליתן לה כ"ש היכא דלא אתיא לידיה עכ"ל והבין הרמ"א דמיירי בענין דלא זכתה אם הנדוניא ביד בעל ומ"ש אפילו באו ליד בעל היינו תחלה באו ליד בעל ואח"כ תפס ממנו החותן יש ליתן לה דהא עלה קאי דתפס החותן ומ"ש והתפיסה לבתו היינו דהאב תפס בשביל בתו ובזה אמר מהר"ם אפילו באו ליד בעל יש ליתן לה ומ"ש דהא אינו נותן טעם למה ל"ד אלא הכונה דהא זה הדין אמנם בשו"ת מהר"ם מרע"ב סימן ר"ל מבואר דהבאלה היה שטוענת מאיס עלי ונתן החותן הנדוניא לבתו והשואלים ס"ד כיון דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא זכה לא מועיל נמי אם אח"כ אביה נתן לה הנדוניא והשיב דאפילו תפס האב הנדוניא מיד הבעל ל"ח תופס לבע"ח דליכא דמתיבתא דבעל מחויב ליתן לה הנדוניא בטוענת מאיס עלי וכ"ש כשעדיין לא בא הנדוניא ליד בעל ועוד דאומדנא דלא פסק ליתן אלא ע"מ שתהנה בתו כמ"ש ר"ת בפסק ומתה בתו ועדיין לא נתן ועוד גם בתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים אם כבר נתן לזה שתפס בשבילו לא מפקינן ודוקא לומר דגם כונת רמ"א אם אביה תפס ונתן לבתו מהני כאלו תפסה בעלמא לאפוקי מסברת השואלים דלא מהני אח"כ תפסה הוא בעלמא מרשות הבעל.

ובמ"מ הדין אמת כמ"ש רמ"א אם תפס אביה כמ"ש לעיל ואפילו תפס אחר אם טוענת מאיס עלי ואין כותבת אמתלא מבוררת דבזה ליתא לדינא דמתיבתא ויש ק"ק שנא כהרמב"ם דמה דמסק"ל לש"ס אי נוטלת הל"ב לא מיירי במאיס עלי וא"ל תפיסה ואת"ל כרשב"א דמיירי במאיס עלי שאז יש לה הל"ב כיון דמספ"ל להש"ס וכמ"ש הב"ש בס"ק י"ז אלא דהב"ש כתב דמהני ס"ס להוציא מיד המוחזק והאחרונים דחו זה בכללי תפיסה אבל כשאין הבעל מוחזק אף דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא זכה שיהא מוגם כאלו מוחזק זה שתפס אחר בעדו מ"מ ק"ק מהני וקושית החמ"ה על רמ"א אינו רק משום דכהב רמ"א דמהני כאלו תפסה היא בעלמה וכגון בטוענת בעינא ליה ומלערנא ליה ומשום דס"ל לרמ"א דתפיסת אביה עדיף.

סימן ע"ח

ס"א נשבית חייב לפדותה ב"מ השיג על ב"ד שפסקו אם נשבית בשביל שגנבה אינו חייב לפדותה דאטו אם אכלה בפשיעתה דברים המזיקים עד שחלתה נמי כימא דפטור מלרפאותה עיי"ש ולישתמיטתיה מ"ש ריטב"א בכתובות דף כ"ב בשם מורו דלהכי תנן לקתה חייב לרפאותה ולא קתני חלתה דקמ"ל שאם חלתה בפשיעות פטור וגם בא"ח כ"כ ומלאתי בפ"ת הרגיש בזה וכן הדעת נוטה דאפילו הזיק לאחר בפשיעות חייב בריפוי ואיך יתחייב הבעל לרפאותה אם חלתה בפשיעתה וכראה דוקא בכגון זו פטור הבעל וכדין חובל בחברו שכתב הה"מ בפ"א מהלכות חובל הייב שלשה חלקים הם אם הוא פשיעה גמורה והוו רוח מלויה אבל הוא שלא בכונה חייב בארבע דברים ופטור מן הבושה לא היה פשיעה וגם לא נעשה באונס גמור חייב על הנזק ופטור מן השאר והוו רוח שאינה מלויה ובאונס גמור פטור לגמרי ולפ"ז נראה דאם טוען הבעל דחלתה בפשיעתה אינו נאמן כשאין לו מגו כיון דסתמא אין אדם פושע בעלמו פשיעה גמורה וכמו דלוה לא מהימן לומר למלוה מחלת לי גם במע"פ כשאין לו מגו משום דסתמא אינו מוחל כמ"ש הש"ך בחו"מ סימן ע"ה ס"ז ס"ק כ"ב וסי' כ"ז סעיף כ"ז ס"ק ס"ה והכי מסתברא דאלת"ה כמעט כפל האי תקנה בטילא דתמיד יוכל הבעל לומר איני יודע אם לא חלתה מחמת פשיעתה שאכלה מה שהביאה לחולי זה וא"י אם נתחייבתי פטור אבל אם אינו פטור רק בפשיעה גמורה אינו יכול לפטור א"ע בלא מגו ובשמא ליכא מגו.

ובשו"ת מע"ל סט"ו כתב דאם נשבית מחמת שגנבה ופשעה אינו חייב לפדותה דאל"כ כל אשה שיהיה לה כעס עם בעלה תפיל נפשה לגייסות ומחייבת בעלה בכל יום כמו שחששו חז"ל בעבד בקידושין דף ט"ו ע"ב א"ו דלא תקנו כ"א בנשבית באונס עיי"ש ודבר זה החשש שתפיל עלמה בגייסות ליתא בקידושין שם אלא שמכר עלמו לגוי דאם פדאוהו קרובים ישתעבד דאל"כ ימכור עלמו בכל יום אבל להפיל עלמו לגייסות איתא בגיטין דף ל"ז ע"ב לרשב"ג ולא קי"ל התם כרשב"ג ובלא"ה"כ אין שום ראיה מהתם דיש תקנה שלא יטמע בין הגוים דיפדוהו ויעתעבד לרבו ישראל וכן בקידושין

אבל

אבל לומר מהאי חששא לא יפדוהו ויניחה להטמע בין גוים מכ"ל ולכאורה כיון דהתנא קמ"ל ברפואה דוקא שלא חלתה בפשיעתה ולא קמ"ל זה ברישא בכשבית ש"מ דשאני כשבית אך יש לדחות דברישא היה צריך להאריך לכן סמך אסיפא.

ונראה דהוי ספ"ד ופטור מלפדות דהכי מוכח מת"ש בח"ר פרק נערה סוף דף כ"א דאם יש ספק אם צריך לפדותה פטור ואפילו בטוענת ברי והבעל שמא.

ס"ב אין מחייבין את הבעל לפדות את אשתו יותר על דמיה ז"ל הרמב"ם פי"ד מה"א הי"ט וכתב הלח"מ דפוסק כרשב"ג דאמר אין פודין את השבוים ביותר מכדי דמיהן כמ"ש הר"ן על הרי"ף משום דמשנה דהשולח תני הכי וא"כ אפילו רוצה לפדותה אסור דמהך דהכא איפשטא הבעיא דהשולח דטעמא הוי דלא נגרבו ולייתו וכ"כ הרמב"ם בפ"ח מהלכות מת"ע וא"כ קשה למה כתב אין מחייבין דמשמע אם רוצה מותר וי"ל דאשתו כגופו כמ"ש התוספת דא"כ אמאי פסק כרשב"ג מטעמא דמשנה דהשולח הא שם איירי באחר אבל אשתו לא את"ד וכ"ל דהפנ"י בכתובות דף כ"ב ע"ב הקשה אהא דרמי התם הא בכדי דמיהן פודין אפילו יתר מכתובתה הא רשב"ג מפרש טעמא מפני תקון העולם משמע דאסור ושפיר דייק הא בכדי דמיה ליכא איסור אבל אינו מחויב אם יותר מכתובתה ותירץ דמזה נראה מבורר דפשיטא ליה לש"ס דרשב"ג נמי ס"ל דמותר לפדותה ביותר מכדי דמיה דאשתו כגופו אלא דאין חייב דיתר מכדי דמיה לא שכיח כלל כיון דבכל השבויין אין פודין מפני תק"ע את"ד ואיכו מובן דנהי דכל השבויין אין פודין ביתר מדמיהן מ"מ השבאים אפשר יבקשו יותר מכדי דמיה דבעלה לא יניחה בשביה לכן נראה לפמ"ש הריטב"א בכתובות דף כ"ף ע"א דהיכא דבעינן למיעבד תקנה אין לתקן אלא בענין שלא יצא ממנה שום ריעותא בעולם אף דלולא התקנה לא חשו לזה עיי"ש לכן ס"ל ה"ק רשב"ג אין פודין את השבוים ביותר מכדי דמיהן דאסור מפני תק"ע דלא ליגרבו ממילא א"א לחייב את הבעל אף דאשתו כגופו ובגופו לא אסרו מ"מ אין לתקן לחייבו כיון דחזינן דיש בזה משום תקון העולם באחר הרי יש חשש שלא יצא ריעותא מהתקנה זאת אם נחייבו לבעל ומיושב הכל.

בהפלאה כתב דאם יש להאשה כ"מ לא מבעיא נכסים שאין לבעל פירות בהן אלא אפילו יש לו פירות מ"מ ודאי תוכל לפדות עצמה בהן ואפילו ביותר מכדי דמיה דפשיטא דאין כופין הכונים למנוע אותה מפני תק"ע דכל אשר לאיש יתן בעד נפשו ממילא דחייב הבעל לפדותה משלו כיון דמ"מ תפדה עצמה מה כ"מ אם משלו או משלה ולמה יבטלו חכמים תקנת פרקונה כיון דאין כ"מ בתיקון עולם וכה"ג כתב בדרישת אחי בס"ג להכריח כהב"י דפרקון שני אם אינו רוצה לפדות א"ל לגרשה וליתן כתובתה דא"כ למה לרשב"ג אין פודין ביותר מכדי דמיה אם פחות מכתובתה הא מוכרח לגרשה וליתן כתובתה ומותרת לפדות עצמה ולא הועילו בתקנתם משום תק"ע דלא לייתי ולגרבי עיי"ש ולע"ד אינו מוכרח דהא מקרא מפורש ואהבת וכו' בכל נפשך ובכל מאדך משום דיש לך אדם שממונו חביב עליו מגופו כדאיתי' בברכות דף ס"א ופסחים דף כ"ה וכהי די"ל דעפ"י הרוב אינו כן מ"מ כיון דיזדמן לפעמים לא יעשו תקנה לחייב את הבעל לפדותה

ביתר מכדי דמיה כיון דאפשר יצא ריעותא מזה אף דתוכל לפדות עצמה בנכסיה או בכתובתה מ"מ אם ממונה חביב מגופה לא תפדה עצמה ולא לייתי ולגירבו וגם יש נשים שאין רוצין כלל דלפרקנהו כעובדא דבכתנה דר"כ בגיטין דף מ"ה ולשון הריטב"א בפ"ב דכתובות דף כ"ף חשו רבנן לכל מה דאפשר למיחוש כיון דבעינן למיעבד תקנה יש להם לתקן בענין שלא יצא ממנה שום ריעותא בעולם עכ"ל משמע אפילו ריעותא דלא שכיח.

ס"ה המדיר פרק נערה דף כ"ב אמר אביי אלמנה לכ"ג חייב לפדותה שאני קורא בה אהדרינתך למדינתך ורבא אמר כל שאיסור אחר גורם פטור מלפדותה ליתא כתנאי המדיר את אשתו ונשבית ר"א חייב לפדותה ור"י אמר פטור מ"ל באשת כהן לא הבמ"ע שנדרה היא וקיים לה הוא ור"א ס"ל הוא נתן אצבע בין שיניה ותמהו דבמדיר הוא ודאי הוא הגורם ואפ"ה ס"ל לש"ס דלכ"ע אינו פודה ולהכי ס"ד דבאשת כהן איירי וא"כ אמר בנדרה היא ור"א ס"ל דהוא נתן אצבע בין שיניה וכי גרע ממדיר הוא ותירץ האב"מ כיון דמדיר הוא חייב לגרשה כמבואר ברמב"ם ובש"ע כאן ה"ל כאלו גרשה והרי בידו לגרשה ורשאי לגרום לה בזה שיפטר מפרקינה ה"ה כשמדירה נדר שחייב לגרשה אבל בנדרה היא אינו חייב לגרשה ולא הוי כאלו גרשה את"ד וק"ל דהא איתא בירושלמי ריש סוטה דר"א ס"ל כב"ש דלא יגרש אדם את אשתו אא"כ מצא בה ערות דבר בשני עדים ור"י ס"ל כב"ה וא"כ אין בידו לגרשה כיון דאסור ואאת"ל כיון דבדיעבד מגורשת חשוב בידו מ"מ ל"ל כאלו גרשה אף דעכשיו שהדירה חייב לגרשה מ"מ אם לא תרצה להתגרש אינו חייב ולר"א אסור לגרשה ואאת"ל דהא דריש סוטה דאמר דר"א כב"ש משום דאמר חובה לקנאות ובבבלי שם פליגי תנאי אחריני אם חובה לקנאות וקי"ל חובה לקנאות אף דלא ק"ל כבית שמאי מ"מ בלא"ה ר"א שמותו הוא דהוא מתלמידי ב"ש כמ"ש תוספת בבילה דף ל"ד ע"ב בד"ה ואומר וגם כיון דאסור מן התורה ל"ל כיון דאם עבר מועיל הוי בידו כמ"ש תוספת בגליון פרק כירה דף מ"ג וא"כ הוי ליה לגמרא לומר דר"א דס"ל דפודה משום דהוא גרם לה שהדירה ואין בידו לגרשה דזולת שנדר אסור כיון דודאי לא תרצה לקבל גט דחיב היא לה כדאיתי' בפ"ק דגיטין דף י"א ע"ב וא"כ כשהדירה גרם לה לבטל פרקונה לכן פודה ור"י דלא ס"ל כב"ש א"כ לפדותה כיון דבידו בלאו הכי לגרשה.

ואי אפשר לתרץ דס"ל להש"ס כהי כשהדירה נפטר מפרקונה אינו אלא גרמא דלא ברי היזקא דעדיין לא נשבית אלא דנקנוס לו מ"מ י"ל כיון דסתמא אין דרכי אנשים להדירה שלא תהנה ממנו ולעמוד בנדרו שלא יתשל עליו ולהפסיד הפירות וגם יתחייב בכתובתה אף דגם באין לה כ"מ ביאכל פירותיה חייב בפרקונה מ"מ עיקר התקנה היה פירות ופרקונה זה בעד זה כמ"ש האס"ז בכתובות דף מ"ז ע"ב אלא דלא פלוג בתקנתם וא"כ כיון דאם אוכל מכ"מ הפירות אין דרך להדירה זולת אם פשעה כנגדו והקניטותו הרבה אין הכל ממנו ואין סברא למקנסיה ממילא ל"ל ל"פ כשאין לו פירות אבל כשנדרה היא אדרבה לולא דליערה הבעל הרבה לא תעשה כזאת דטב למיתב ע"ד ולכן כשקיים לה הוא דלר"א הוא נתן אצבע בין שיניה וכל הגרם ממנו לכן קנסוהו דהממולע אין בו ממש ועוד דבמדירה

אם

אם נאמר דלר״א קנקוהו הוי סברות הפוכות כיון דלר״א היכו רשאי לגרשה בלא ע״ד ל״ל אם שנא שלא ומה יעשה אם מקניטיתו וא״א דר עם נחש בכפיפה משא״כ לר״י ה״ל לגרשה ולא להדירה ולעבור על לא יגרע ולהפקיע תק״ח מפרקונה משא״כ בנדרה היא ודאי מדולית בגירושין וגם לר״א יכול לגרשה מרצונה.

ומ״מ לדינא אף דלפי דברי האב״מ בנדרה היא וקיים לה הוא יש לחייבו לפדותה כיון דכתן אלבע בין שיניה מ״מ הנמ״י כתב אפילו נדרה היא אחר שכשבית וקיים לה הוא פטור מלפדותה וכ״ד ריא״ז בש״ג בפרק נערה לכן אף דב״ש פשיטא לו דאם נדרה היא וקיים לה הוא אחר שכשבית חייב לפדותה וכ״ד הב״ח וחמ״ח מ״מ י״ל קי״ל כריא״ז ונמ״י והב״מ נמי כתב כיון דחייב לגרשה ס״ל לרמב״ם דהוי ככבר נגשה ודומה לזה פרש״י ורע״ב בפר״ח דפסחים אהא דחליו עבד וחליו ב״ח כיון דכופין את רבו לשחררו הרי הוא כבן חורין אבל רמב״ם בפיה״מ ובפ״ב מהלכות ק״פ לא ס״ל הכי ול״ד למה דאמרינן כל העומד דהכא מי יימר דמזדקקי לה תלתא ומחוסר מעשה גירושין מעשה רבה.

מ״ן בהג״ה כדרך שכתבאר לשון זה משמע דאף הנאמר שם בכשבית מחמת נפשות להאוסרים לישראל איכו מחויב לפדותה והב״מ אין דעתו כן כיון דטוענת ברי לא נבעלתי אף דאסרינן אותה מ״מ יחויב בפדיון כא״י א״פ דהא בתנאי ב״ד חייב וספק אם נבעלה ברצון ונפטר כדקי״ל בסי׳ קע״ח סע״ו ובסימן קע״ח כתב הב״מ נמי דהטעם משום דא״י א״פ והקשה ׳מנח זה על׳ האחרונים דפסקו בלא ה״ל למידע פטור ובכתיבות בדיני תפיסה שכ״ד כתב דספק זינתה ברצון ל״ד לא״י א״פ דהוי דרלא דמוכח דהספק לב״ד בלא טענותיהם וקשה נמי עליו מסך דלקמן סימן קע״ח דהוי קיכוי וסתירה וספק לב״ד ומ״מ חייב בכתובתה וכ״ל בסימן קע״ח הספק אם נעשה מעשה הזנות וק״ל בתנאי דקום ועשה לא מהימן לומר שקיים ולריך לברר בעדים כדלעיל בסי׳ ל״ח סל״ט עיי״ש בב״ש סק״ע והך דכתיבות דמיירי דמלא פ״פ דודאי זינתה רק הספק אם ברצון אדרבה אונס ומחוסר מעשה יותר ובא״י א״פ בלא ה״ל למידע דפטור כיון דע״כ לפרעון עומד שאני אבל דברי הב״מ לכאורה מוכרחין כאן דכמי הספק אם נבעלה אך בחידושי רשב״א בכתובות דף כ״א בסופו כתב אהא דשביית בן כלר דפטור לפדותן דשמא כתרלית משמע גם מספק פטור ואפשר דהתם אין ספק רק אם כתרלית אבל ודאי נבעלה כיון דע״ד זה כשבית ודוחק ויותר נראה לפימ״ש שם בח״ר דאי הוה לוותה הי׳ מלילין אותה או אם היתה הומרת דא״א היא הי׳ מניחין אותה דבן כלר מסר היה מכשואות עיי״ש ואף דלא עשה הרשב״א ודאי מזה הטעם] רק שמא מ״מ כיון דהספק על תחלת שביותה אם היה ברצונה הוי א״י אם נתחייבתי אף דפרקונה מתנאי כתובה היינו שיתחייב כשכישבית באונס ואין בידה להציל א״ע משא״כ ספק אם נבעלה אחר קו״ש ברצונה להפסידה כתובתה שנתחייב לה כשנשאת וכשזינתה הפסידה הוי כפרעון וכ״כ נתיבות שם דספק רלון כספק פרעון עיי״ש אף דאם מתה בחייו אין יורשיה יורשים כתובתה כבר כתב בהגמ״ר פ״ק דב״מ דכתובה שלה מיד שנשאת אלא דאם מתה בעלה יורשה ועדיין דברי ב״מ במקומן בכישבית מחמת נפשות ומוענת ברי שלא נבעלה דמ״ש מהך דסימן קע״ח אך י״ל לפימ״ש תוספת בפ״ג דבכורות דף כ״ף דבעילת אדם לא תלי במעשה וביבמות ר״פ נר״ז כתבו אין חשוב תלי במעשה אלא ממילא הוא בא שאדם מזדקק לאשתו וכתבתי במקום אחר וכ״כ אחרונים דוקא תשמיש איש עם אשתו דבהיתר הוא וא״כ בכישבית מחמת נפשות ביד עכו״ם דאללם איסור והיתר שוה והאשה אין בידה. לעכב אפילו לא תרלה לעשות איסור א״כ לא חשיב תלי במעשה ועיין ב״ש לעיל סי׳ ז׳יי״ן סי״א ס״ק כ״ג כתב אף דאין אשה נאסרת על בעלה אלא ע״י שני עדים מ״מ עי״כ חיישינן שנתרלית דעם עכו״ם המיר טפי עיי״ש ולכאורה זה מעלה ארוכה למאי דחיישינן שנבעלה אבל לחוש שמא נתרלית אכו דכין על ישראלית אך לפימ״ש א״ש דגוף מעשה הבעילה דתלי במעשה ל״ל ע״י גוים חמיר טפי דאללם גם ביאת זנות לא חשיב תלי במעשה ולהשש רלונה דאנו דכין בין אונס לרלון דאין הספק אם נעשה מעשה בלא״ה חיישינן ולכן הפסידה פרקונה כמי אפילו תהא כא״י א״פ. דלא ה״ל למידע וגם הספק לב״ד בלא טענותיהם לפ״ז בספק אם נרלונה כישבית כנידון דהרשב״א אפ״ת דהוי כא״י א״פ פטור מפרקונה ועיין מ״ש לעיל סי׳ ז׳יי״ן סי״א.

ועוי״ן דהכה רמ״א שם כתב דכשבית ע״י״כ אסורה אפילו לבעלה ישראל דחיישינן שמא נתרלית להם כדי שלא יהרגוה וכתב הב״ש כ״כ רש״י ותוס׳ דלא כהג״מ שכתב חזקה שנתרלית ונראה דל״פ דכגד חזקה שנתרלית יש חזקת כשרות. וברי שלה לכן הוי רק חשש אבל אי לאו דחזקה שנתרלית לא היה אפי׳ ספק כיון דטוענת ברי ויש לה חזקת כשרות ובהכי מיושבין לדברי רשב״א הנ״ל דתחלה כתב אהא דבן כלר שאלו היתה אומרת שהיא א״א לא היתה כישבית ומשכישבת בידוע שנתרלית להם ולא אמרה כלום ולבסוף כתב שמא נתרלית ולפימ״ש א״ש כהי דאומדנא היא מ״מ לעומתו טוענת ברי ויש לה חזקת כשרות דהא קי״ל דלא אזלינן בתר אומדנא להוליא ממון כדאיתי׳ בחו״מ סי׳ ת״ח הרי דאומדנא איכו ודאי ממש ולולא האומדנא לא הייכו חוששין שמא נתרלית כגד ברי וחז״כ וא״כ אין ראיה מהך דסי׳ קע״ח סנ״ו דליכא חזקה לומר דכבעלה אף דיש קו״ש ואסרינן לה מספק דגזה״כ כ״ז שלא תשתה לאוסרה מ״מ לענין ממון מהני ברי שלה.

ובכן״א הפלאה כאן הקשה נמי קושית הב״מ ועוד הא קי״ל לעיל סי׳ ס״ז באומרת משארסתני נאנסתי נאמנת ואמרינן בגמרא הטעם דאיכא ברי וחזקה אע״ג דאונס ל״ש וה״כ יש ברי וחזקה ותו לאבוה דשמואל דאשת ישראל שנאנסה אסורה לבעלה דחיים שמא לבסיף ברלון. וכי נימא דכל אנוסה לית לה כתובה ועכל״ל לענין ממון שאני ולפימ״ש א״ש דאנוסה מחמת נפשות חזקה נתרלית כגד חז״כ ואפשר חזקה דמנח סברא עדיף מחזקה דמעיקרא כמ״ש תה״ד סי׳ ר״ז ולא נשאר רק ברי ופטור בלא ה״ל למידע ועוד דהספק לב״ד בלא טענותיהם ומ״ש דרוב ברלון חדא הא כתבו תוס׳ בפ״ק דכתובות דף ט״ת דאיכו רק רוב דרבנן א״כ י״ל לענין ממון להפסידה לא אמרו ועוד בעלה טוען רק שמא עד שלא ארסתיך נאנסת ואיכה מוחזקת על רלון.

בחמ״ח סק״ח א״כ שזינתה ברלון בשביה וכו׳ וב״ש חולק בנמ״י בכתובות דף כ״ב מבואר

מבואר מהריטב״א בשם רבו ורבו בשם רבו הרמב״ן כדברי הב״ש.

סימן ע״ט

ס״ג אם רצה וכו׳ כן לשון הוא במשנה פ״ד דכתובות דף כ״א וברמב״ם וטור ובספרי פרש׳ תצא ושלחת בגט ואם היתה חולה ימתין לה עד שתבריא ק״ו לבנות ישראל שהן קדושות וטהורות לכן מחלק הראב״ד דמתניתין איירי באינה שוכבת על ערש דוי ולכאורה רציתי לומר דלפי ד״ת דלית לה כתובה ואין לה במה להתרפאות וגם לא תוכל לפרנס א״ע במע״י בחלי׳ לכן ימתין מש״כ אחר שתקנו רבנן כתובה וכדפסק הרמב״ם פ״י מה״א דכתובה דרבנן ומלאתי שכ״כ בזית רענן פי׳ תצא ובני אהובה פי״ד מה״א ה״ז ומ״מ ל״ע דמאי פסקא דאין לה מעות ואף דכיסבית ורואה ויתר ועוד אם גופה זוכה מן התורה במלאכה ממונה ק״ו מ״מ אם אינו מיכוין לזכות בממונה היא שלה כמ״ש כתובות בסימן ע״ב סמ״א ס״ק כ״ב ועוד הא קי״ל דלא דרשינן טעמא דקרא לחלק בין עניה לעשירה כדאיתא בפ״ע דב״מ דף קט״ו וברמב״ם רפ״ג דמלוה.

ולפ״ז לל״ע אם אין לה כתובה כשתתגרש כגון שחבלה או כותה כשהיתה נשואה דמשועבד הבעל וגדר״כ כמ״ש הש״ך בחו״מ סימן פ״ו סקי״א אם חלתה אי יכול הבעל לגרשה כיון דכתובתה לאחרים וא״ל כיון דהבעל קרוב לה יותר מכל הקרובים דהרי הוא יורשה ולא שום קרוב ואשתו כגופו א״כ כשאין לה כופין אותו לרפאותה מדין צדקה דקי״ל מעשין על הצדקה כדאיתא ביו״ד סימן רמ״ח דזה אינו כיון דלכשיגרשה נתרחקה ממנו ואפשר אם רפואתה בפעם אחת כבר נתחייב קודם שגירשה מתורת צדקה אפילו אין לה תנאי כתובה וכשמחויב מתנאי כתובה ג״כ נתחייב לרפואתה מה שחלתה כבר ואין הרפואה והחולי מתחדשין בכל יום כמ״ש בני אהובה שם ומאורתא לע״ד מדקתני המשנה בפ״ד דכתובות די״ל הרי גיטך וכתובתך ותרפי עצמך ולא תנן שימתין עד שתבריא ע״כ הא דקפרי אקמכתא וכיון דאינו מדאורייתא דרשינן טעמא לפי שאין לה כתובה שתתרפא בה ואי דהא מדרבנן יש לה כתובה מ״מ כ״מ לסיכא דאין לה כתובה דלותה מאחרים וחייב הבעל ומסדר״כ או כתובה מנה אינה מספקת לרפואתה וכיון דתנן דדוקא דנותן לה הכתובה שתרפא א״ע וכ״כ רמב״ם וטוש״ע ממלא ש״מ אם אין לה כתובה מחויב לרפואתה ולהמתין עד שתבריא וזה דדייקו רמב״ם וש״ע הרי כתובתך גוכחת ובזה מתורץ מ״ש ריב״ש סימן כ״א והובא מרמ״א לקמן סימן קי״ט ס״ו דאם אין לו לפרוע כתובתה יכול לגרשה והתא כתובתה חוב עליו ובשו״ת רשב״א סי׳ אלף רכ״ד כתב דא״י לגרשה ורא״יתו ממשנה זו דדוקא כשנותן לה הכתובה ולפימ״ש א״ש כיון דאם לא יתן לה הכתובה לא יהא לה במה להתרפאות א״י לגרשה עד שתתרפא.

ובתשב״ץ ח״ג סימן רכ״ג ופר״ח לקמן סימן קי״ט הביאו ראיה מגיטין דף כ״ח בעובדא דשוליא דנגרא דאמר כתובתה מרובה והלוה לו וגרשה הרי דאינו יכול לגרש כשאינו פורע כתובתה ואינו ראיה דכיון שיגרשה בע״כ ודאי תלחלנו לפרוע לה וירדו ב״ד לנכסיו ויוליאו אותו מביתו לכן הלוה לו עד איזה זמן דכסבור עד אותו זמן יזדמן לו מעות לפרוע תדע דהא מבואר שם דכשהגיע הז״פ ולא היה לו לפרעו א״ל בא ועשה עמי בחובך והיו הם יושבים וכו׳ והרי מבואר בחו״מ סי׳ ל״ז סע״ו דאין כופין הלוה להשכיר עצמו או להשתעבד בו בעד חובו אע״כ משום דאם לא היה עושה עמו בחובו היו ב״ד מוכרין ביתו ונכסיו ובזה אזדו כל ראיות התשב״ץ ופר״ח דכולן איירי בכה״ג אח״כ מלאתי בשו״ת הרא״ש כלל ע״ח ס״ב דכתב הא דשוליא דנגרא עשקו ללוה לעשות עמו מלאכה שלא כדין ומ״מ י״ל ג״כ כמו שכתבתי דמיירי שהיה לו בית ולא רצה הלוה למכור ביתו או דמלוה לא רצה להפרע חובו רק ע״י עבודה ולא יקח ביתו או להמתין עד שימלא קונה.

סימן פ׳

ס״ב דחקה עצמה בפרק מציאת האשה בעו ר״פ ור״א עשתה יותר ממלאכה אחת בבת אחת אם הם של בעלה ודעת רה״ג ז״ל דהבעיא לת״ק דס״ל לא יפר דהעדפה ע״י הדחק לבעלה ותמהו המפרשים דא״כ לת״ק יפר במאי תעדיף באופן זה וגם מנ״ל לש״ס להוכיח דרע״ק דאמר יפר משום דס״ל העדפה ע״י הדחק שלה במאי משום דתעדיף על ידי שתי מלאכות בב״א עיין דרישת אדי וטיע״ק ולק״מ דתוספת הקשו איך יפר הא אינו דבר שבינה לבינו ותרלו משום דא״א ללמלם ליקח את הראוי לו ולהניח לה מה שהעדיפה וכ״כ לא״ם וכמ״י בנדרים דף פ״ה והתינח כשהעדיפה בחד מלאכה אבל בשתיים ויותר שפרש״י דטווה בצמר ושוזרת קישואין ומלמדת שיר לנשים ומחממת ביצים בחיקה הלא הטוי למר בפני עצמו ויקח הבעל והשאר יניח לה ואין יכול להפר.

ולפ״ז מוכח דרה״ג ס״ל כתירוץ זה של התוספת לא כתירוץ השני דהפירות מהעדפה גם לרע״ק של בעל ולכן יפר דהוי דברים שבינה לבינו ולא אלימוהו רבנן לשעבוד הבעל בפירות הללו וח״ל הקונם דאל״כ הק״ל הא את״ל בשתים או יותר מלאכות בב״א שלה רק הפירות של הבעל גם לת״ק למה לא יפר.

אמנם נראה די״ל גם בתירוץ ראשון של התוס׳ וכן הרא״ש וכמ״י ס״ל דהפירות של העדפה לכ״ע של הבעל וכדמוכח מהמרדכי שהביא בשם התוס׳ סתם דהפירות של בעל והוכיח כן מפגמה ואם איתי׳ דלתירוץ ראשון של תוספת הפירות שלה איך השמיט מדברי תוספת והלא האשה מוחזקת וכמו שהקשה הב״מ על הב״ש א״ו דלתירוץ ראשון דהתוספת נמי הפירות של בעל אלא דק״ל דא״ל להפר דכמו בגוף מע״י לא חל נדרה כן על הפירות של העדפה ולתירוץ שני דהפירות של בעל ומש״ה יפר הקשו א״כ איך יכולה להדירו ואין כונתם א״כ דהפירות של בעל אלא א״כ דמש״ה יפר איך יכולה להדירו דבשלמא לתירוץ ראשון אין הנדר חל גם על הפירות וא״ל הפרה רק משום דא״א ללמלם הקרן ומחמת ספק איזו ומהשני תירולים של התוס׳ עיקר לריך להפר אבל הפירות ודאי שלו וא״ש דברי הב״ש.

ומ״ש הב״מ עוד דמנזיר דף כ״ד ע״ב דמתרץ דמסכחת שהקדישה בהמה שלה שקימלה מעיסתה דפרשו רש״י ור״ן שהרעיבה עצמה מוכח דהפירות שלה דאל״כ מ״ש מכ״מ ואם בכ״מ אל הקדישה לימא בפשוט דיש להבהמות כ״מ וא״ל לדחוק שהרעיבה א״ע וא״כ ודאי מסתבר דה״ה מה שהעדיפה ע״י הדחק

שדחק לרע״ק דגם הפירות שלה דאידי ואידי ע״י הדחק את״ד וגם זה אינו ראיה לפימ״ש לעיל סי׳ ע״ן ס״ג דהפשט שהרעיבה א״ע כדי להקדיש וגם י״ל הוכיח קע״ת דאין דרך להרעיב א״ע אלא כדי לזכות נפשה ולא כדי להותיר לבעלה ולכן בזה לא אלמוה רבנן לשעבודיה דבעל שלא יועיל הקדישה דמה יועילו בתקנתם דאם לא יועיל הקדישה לא תרעיב עצמה ולא ירויח הבעל וההקדש יפסיד משא״כ פירות ונכסי מלוג או קונס על פיו בפירות העדפה שע״י הדחק דלא העדיפה כדי להקדיש דגם אם לא יועיל הקונס לא תמנע מלהעדיף כיון דהקנן שלה.

ס״ט היא אומרת ראוי הוא לקנות או לשכור שפחה והוא אומר שאינו ראוי עליה להביא ראיה ורמב״ם מסיים ואין כאן מקום לשבועה וכתב הה״מ פשוט הוא שעליה להביא ראיה שהרי מן הסתם היא משועבדת לו ואין כאן מקום לשבועה לפי שהיא אינה תובעת ממנו כלום ממון שחייב לה שנאמר ישבע היסת ויפטר אלא שבאה ליפטר משעבודה ואינה נפטרת אלא בראיה עכ״ל והב״ש כתב דלאחר שעשתה יכולה להשביעו ובהגהות עו״ז להחכ״ל תמה הלא דחקה עצמה ועשתה יותר ממה שמחויבת הוי ספ״ד ועכשיו שהבעל מוחזק מה ענין להשביעו עכ״ל וזה אינו דשאני שהבעל הכריחה שלא כדין לפי טענתה וכן מלאתי בהב״מ אלא שמלשון הרמב״ם משמע דליכא שבועה אפילו אח״כ וא״כ קשה באמת למה דהא טענת הה״מ אינו רק כשבאה ליפטר ליכא טעם תקנת היסת משום חזקה דאא״ת אא״כ י״ל עליו כדאיתי׳ בשבועות דף מ״ם ע״ב אבל אחר שעשתה והובעת שישלם לה שכר יחויב שבועה דמה שהכריחה לעשות גזל בידו ומע״י שלו רק מתקנה ואטו תקנהא לרשיעו ואף דסתמא חייבת זה לא מועיל לפטרו מהיסת כמו שהרגים הה״מ ולכן הוכרח לטענה דאינה תובעת ממון ממנו וכן מלינו בהוליא שטר מקוים וטען הלוה שהוא מזויף או רבית או אמנה דהלוה מחויב לשלם ומ״מ אח״כ משביעו היסת כדאית׳ בחו״מ סי׳ פ״ב והוא מהרמב״ם פי״ד מהלכות מלוה ה״ג ועיין בהשגות פ״ד מהלכות חובל הט״ז.

ואפשר לומר כיון דטוענת עליו דבר שאינו אמוד הוי טענה גרועה וגם ליכא דררא דממונא לא חייב היסת וכמ״ש בשו״ת מיימני להלכות טוען סל״ז וכ״כ בתשובת מהרי״ו הובא ברמ״א סימן פ״ז סל״ח אלא דבפירש המשנה לרמב״ם פרק כל הנשבעין משנה דנגזל נשבע ונוטל כתב דגם באינו אמוד חייב היסת אך ברמב״ם פ״ד מהלכות גזלה ה״ג באינו אמוד לא הזכיר היסת ובהלכה ד׳ אם לא ראוהו בעת שילא כתב דחייב היסת משמע דבאינו אמוד א״ל היסת ובחו״מ סי׳ לד״ק ס״ד הביא פלוגתא אם חייב היסת ודעת הפוטרין רק משום שהוא חשוד עיי״ש אלא דהתם הוי דררא דממונא כיון שראו עדים שהוליא כלים תחת כנפיו ועש״ך חו״מ סי׳ ע״ה סק״ע.

ונ״ל דהנה בפרק אע״פ דף ס״א איתא שהכניסה לו שפחות אר״ח לא הכניסה לו ממש אלא כיון שראויה להכניס ופרש״י שהכניסה לו כדוגיא רבה שראוי לקנות שפחות תנא אחד שהכניסה לו ואחד שלמלמה לו משלה וכתבו תוספת בשם ר״ת שלמלמה ממה שהוא חייב ליתן לה ויש כ״כ שראוי לקנות כמה שפחות ויש גורסין שמלאה לו משלו כלומר שהוא עשיר שיכול לקנות הרבה שפחות עכ״ל ולפי הגרסא שלמלמה משלה משמע דוקא כה״ג דהוי כהכניסה לו ממון הרבה דראוי לקנית שפחות אבל אם הוא עשיר מחויבת לעשות המלאכות אם אין דרך משפחתו ומשפחתה בשפחות ולגרסא שמלאה לו משלו גם בכה״ג פטורה ונראה דהוכרחו תוספת לפרש כן ולא בפשוט שמלאה לו שפחות משלו דא״כ הוי ליה למתני שיש לו או שמלאה אלנו ומפרש לפי רוב הגרסות תניא נמי הכי כמ״ש בא״ז א״א לפרש שמלאה לו שפחות משלו דא״כ מאי תניא נמי הכי ועכ״פ כיון דיש שתי גרסות הוי ספק אלא דהאשה מוחזקת בעלמה לכן כשיש הכחשה דאין לפוטרה בשבועה כמ״ש הה״מ דמן הסתם היא משועבדת לו ומחויבת לעשות וקודם שעשתה אין להטיל על הבעל היסת דלא תקנו היסת רק על הכתבע משום דתובע יש לו חזקה דאא״ת אא״כ יש לו עליו וכאן היא באה ליפטר עלמה כמ״ש הה״מ ממילא אחר שעשתה אין להטיל על הבעל היסת דאז הוא מוחזק ולחד גרסא דוקא אם למלמה והא דלא כתב הרמב״ם דין דלמלמה דזה׳ בכלל הכניסה לו ממון הרבה שראוי לקנות שפחות ובזה אין ספק.

ובזה יש לתרץ מה שהקשה הב״ח למה לא ישבע הבעל ופירש הב״מ כמו בהוליא שטר ומוען לוה אישתבע לי דלא פרעתיך והפלאה פירש אף די״ל טענתה טענת שמא דאף שראתה אללו ממון הרבה אולי חייב לאחרים מ״מ מחויב לישבע וליטול אפילו על טענת שמא כמ״ש הש״ך בחו״מ סי׳ קמ״ו סק״ה ולפיר״ש י״ל לפי מה שהביא הברכ״י בחו״מ סי׳ כ״ה אות י״ד בשם הר״ש ב״ח דבספק דדינא אין להטיל שבועה על התובע אף דבא להוליא והוכיח כן ממ״ש הרא״ש ס״פ הכותב וא״כ ה״נ והה״מ דכתב משום דמן הסתם הוא מחויבת לעשות המלאכות דאל״ה היה לה ליפטר בשבועה דיש לו ממון וס״ל דזה לא טענת שמא דקי״ל חזקה כל מה שיש ת״י אדם הוא שלו כדאי׳ בחו״מ סימן ל״ט ס״א או דלא ברירא ליה אם כשבא להוליא ג״כ יפטר משבועה בטענת קי״ל ומ״ם הרמב״ם ב״ל ממון הטעם דעולה עמו הייכו לגרסא דמלאה לו משלו אבל לגרסא דלמלמה ל״ל דעולה עמו במקום דאורחא דמשפחתו בכך ועי׳ לח״ס פי״ד מה״א הכ״ג.

ועוי״ל דגם שיש לו ממון דראוי לקנות שפחות או לשכור לריך אומד אם עשיר שיש לו סך ממון כזה רובם רגילים בשפחות דאל״ה נהי דחזינן דרגילים בשפחות מ״מ יש מתרושש והון רב כדכתיב במשלי י״ג ועיי״ש ברלב״ג שכתב כי המתרושש והון רב ישובח יותר כי בזה הוא ממלט עלמו מכמה סיבות באות ומתגלגלות על העשיר עכ״ל ואם כן אפשר יש כמה שיש להם ממון כבעל זה ואין להם שפחות ומה דמוחזקים לעניים אין ראיה אע״ב דאין לשער רק בני שידוע מעושרו אם יש לו שפחות אם הם הרוב אבל מי שאינו רולה להשביע את עלמו ומעותיו טמונים טעמו וכימוקו עמו דלפיכך אין לו שפחות שלא כרגים בו שהוא עשיר וזה הבעל שידוע בעשיר יש לדונו עפ״י רוב עשירים כמוהו שידוע ג״כ מעושרם ויש להם שפחות ולפ״ז הרי מבואר בספ״ו דב״מ דף פ״ג ובחו״מ סי׳ רל״ד במקום שיש רואה אין שבועה וה״כ כיון דאין לחייב לבעל להחזיר שפחות רק אם יש לו עושר שאינו מוטמן ע״כ אין מקום לשבועה ועליה להביא ראיה דהבעל א״א לו להביא ראיה דאין לו דלא ראינו אינו ראיה וזכות האשה רק אם ידוע שבעלה עשיר לכן לא מהני לה שבועה אף דבאה ליפטר כמו בב״מ שם דהשומר אינו נפטר

בשבועה

בשבועה במקום שיש רואין ולפ״ז א״ל נעמוו של הה״מ.

והפלאה ודרישת אחרי תרלו קושית הב״ח דלפיכך לא ישבע הבעל כיון דחשוד אממונא חשוד אשבועתא רק דאמרינן שאני קמ״י י״ל עליו וזה לא שייך כאן דרולה הבעל שטוען ותאפה ותניק וכדומה דאין כופין הלוה שישכיר עלמו בעד חוב כדאיתא בחו״מ סימן ל״ז את״ד והטו״ז בחו״מ סימן ל״ד כתב אם טוען עבדי אתה יכול הנתבע להפיך השבועה על התובע שישבע שקנאו לע״ע ואף דרמב״ם כתב בפ״א מהלכות עבדים דדוקא אים מוכר עלמו לע״ע ולא אשה היינו לדין ע״ע ואמה עבריה אבל יכולה להשכיר עלמה כמשרתת ואינה יכולה לחזור תו״ז כמ״ש רמ״א בסימן של״ג ס״ה ואף דספק מלוה ישנה לא שייך בזה מ״מ שייך שכמדומה לו שסכרה לפרתו ובלא״ה דזה אם ראוי לקנות שפחות תלוי באומדנא לפי ממונו ופרנסתו ועסקיו ושמא טוען בדדמי ואם יחויב שבועה מדייק מיגב הדק וכדאיתא בכתובות דף פ״ז ע״ב דרמו רבנן שבועה עלה כי היכא דתדק.

ולכאורה יל״ד למה אין נאמנת מחמת חזקה דאינה מעיזה בפני בעלה וכן הקשה בעל תוי״ט בהגהות הטור כאן ולקמן סימן פ״ה ולפימ״ש לעיל משום דיש רואין י״ל כמו דבמקום רואין לא נפטר בשבועה משום דאם איתא דקושטא הוא יביא ראיה ה״נ לא מהני הך חזקה אבל לשיטת הה״מ קשה דהוא עלמו כתב בטעמו של הרמב״ם פכ״ב מה״א הלכה ל״א דנאמנת לומר אתה נתתו לי במתנה דכל דבר שהבעל יודע האמת אינה מעיזה פניה בפניו ובפכ״א כתב על הרמב״ם דתביא ראיה לדבריה דהוא פשוט דמן הסתם מחויבת.

ונראה דבשלמא התם לענין מתנה שהוא בעין ל״ל אשטומוטי מהני לה החזקה משא״כ כאן לענין מלאכה לעשות תמיד אף דבידה הוא מ״מ נשים עללניות כדאיתא בירושלמי פ״ק דפסחים הובא בתוספת שם דף ד׳ ע״ב ובש״ך יו״ד סי׳ קכ״ז סק״ל ובשבועות דף מ״ב ע״ב אמרינן אף דלא״א מעיז פניו בפני בע״ח מ״מ י״ל אשתמיטו מישתמיט.

סי״א לריכה לאכול עמה אם יש לה כתב החמ״ח ומ״מ נראה דהבעל לריך לשלם לה מה שהוליאה מנכסיה על הולד לכאורה מ״ש מהא דלעיל סימן ע״ין ס״ח בהג״ה דאין חילוק בין אביה לאחר שפרנסה אין הבעל לריך לשלם ונראה משום דלריכה לאכול עמה אינו בדין שתפסיד כמ״ש הה״מ פ״ח מחובל ומזיק ה״ו דהנתפס על מס חברו חייב חברו לשלם לו כיון במחוקי המלך למשכן אים על חברו וא״כ אינו בדין שיפסיד זה והפ״מ בפרק בתרא דכתובות ה״ב נקט כמי הא טעמא לבד והיינו דעמד אחד ופרנסה הכיח מעותיו על קרן הלבי וכן פורע חובו של חברו משום דלא מחויב היה לפרנס אשת חברו משא״כ במחויב.

ועוד דידוע מפי רופאים דמינקת שאין לה חלב מספיק לולד מזיק לה ההנקה א״כ הוי בעל מחויב לה כמו מזונותיה ורפואתה א״כ מלאתי בנתיבות סי׳ קכ״ח סק״ג דלפיכך כשילינו מן ההפסד חייב להחזיר לו משום דמחויב משום השבת אבדה ל״ד לפורע חובו של חברו דלא היה מחויב לפרוע חוב של חברו וכ״מ דלפי טעם זה אפילו מינקת דעלמא שהניקה בשכר לבנו של אחר וחייב עלמו בוזונות המינקת ולא נתן לה כל הלורך כדי להניק הולד בשופי ואכלה משלה ומחויב להחזיר לה.

עוד נראה לפימ״ש מבי״ע ח״א סי׳ קכ״ג אם נתפס השליח ולקחו ממנו ממון מחמת שהעלילו שאמרו שחייב להם המשלח לריך המשלח להחזיר לשליח וכ״ש אם באמת היה חייב המשלח ול״ד למ״ש רמב״ן בתשובה כ״ף והובא בחו״מ ס״ס קפ״ח דהתם לא נתפס השליח מחמת תביעה שיש להם על המשלח וכמו הש״ך בחו״מ סי׳ קכ״ח ס״ק י״ג ומשמע דמשכים לו ומדקתם משמע דאין חילוק בין שליח בשכר או בחנם וא״כ כאן דההנקה מוטל על האב רק היא מחויבת לשרתו והיא כשליח שלו ומחמתו נתפסת דמחויבת משלה.

וראיתי בהפלאה בקו״א הרגיש כוני על החמ״ח למה ל״ה כפורע חובו ש״ח ותירץ דהאשה היא כבע״ח עלמו וכ״מ ביבמות דף מ״ב דהיא התובעת וזה אינו אלא דיכולה לתבוע ומורשי בעלה בעד בנה הסמוך אללה כאפטרופס כדאית׳ בגיטין דף כ״ב ביתמי דסמיכי אלל סבתא ובלא״כ יכולה להבוע היורשים אלל ב״ד דב״ד אביהן של יתומים.

עוד תירץ דיכולה לומר שתפסה המזונות שנתן ללורך עלמה בשביל הולד ותובעת מזונות עלמה וגם זה לא נראה דהוי הבעל כא״י א״פ ופטור כשלא ה״ל למידע דאיך ידע אם תפסה ללורך הולד עוד קיים ולפ״ז במניקה בן של אחר בשכר ופסק לה קמצא אף שהאב מחויב ליתן יותר מ״מ אינה יכולה לתבוע א״כ דה״ל כפורע חובו ש״ח א״ד וגם זה אינו לפי מה שהוכחתי.

סי״ן האשה ששברה כלים בעת שעשתה מלאכותיה בתוך ביתה פטורה וכתב הרמב״ם בפכ״א מה״א שזה תקנה משום שלום בית ובהשגות בלא״ה פטורה שהיא פשיעה בבעלים שהוא שכור לה בכל שעה ובירושלמי פרק הכותב פ״ד שבירה את הכלים מה את עביד לה כש״ח או כש״ש מסתברא כש״ש אמרין אפילו כש״ח אינה אם אומר את כן אין שלום בבית לעולם עכ״ל הרי כרמב״ם ול״ל דרלב״ד ס״ל כיון דיש פלוגתא בב״מ דף ל״ה אם פשיעה בבעלים פטור ואנן קי״ל דפטור והירושלמי ע״כ אזיל בשיטת מ״ד דחייב וכ״כ ישעי״ק והק״ל על הרמב״ם אלא דהקשה ממ״כ אם שברה בפשיעה גם ש״ח חייב ואם שלא בפשיעה גם ש״ש פטור כיון דהיא שמירה בבעלים עיי״ש.

ונראה כיון דמעי״ י תחת מזונתיה וכהי דשב״ב פטור מ״מ שכרו מפסיד כדאית׳ בב״מ דף כ״ח לענין הקדש דשומר פטור ומגו״א מ״מ ש״ש מפסיד שכרו וכן הדין לענין שמירה בבעלים וכמ״ש בערך ש״י על חו״מ סימן ש״ה וכ״כ קלו״ח ונתיבות שם והנה בריטב״א בכתובות דף כ״ח כתב דחיוב מזונות כל יום חוב הוא באנפני נפשו והובא באב״מ לעיל סימן ס״ע וכ״כ הבית יעקב כאן קט״ו דמזונות של כל היום היא נגד מע״י של היום זה וכתבתי בערך ש״י על חו״מ סימן ש״ה לענין שמירה בבעלים דאם שכיר יום הוא מפסיד שכר כל היום אפילו נגנב בסוף היום והירושלמי הכי פירושו אם כש״ח היא דנהי דמע״י בעד מזונותיה השכר בעד המלאכה ולא בעד השמירה או כש״ם וכה״ג נסתפק בקלו״ח סימן ש״ה ומסיק דכש״ם היא ונ״מ בין ש״ם לש״ח אם שברה שלא בפשיעה דהוי רק כגנבה ואבדה ועיין ברמב״ם פי״ג מהלכות שכירות ובחו״מ סימן ד״ש דלפעמים שבירת כלים כפשיעה ולפעמים כגו״א ואף דשמירה בבעלים

בבעלים פטור מ״מ מפסדת שכרה דהיינו מזונת אותו יום ומה דאמרין אפילו כש״ה איכה אף דאם היה כש״ה הרי אין נוטלת שכר ומה כ״מ אם פשעה למ״ד פשיעה בבעלים חייב דמ״מ תקנו לפטרה משום שלום בית והרמב״ם למד מזה דל״ל מפני התקנה דאל״כ היתה נפסלת מזונת אותו היום גם לדידן דפשיעה בבעלים פטור מ״מ שכרו מפסיד והאב״ד ס״ל כיון דקי״ל מזונת דאורייתא כמ״ש הרמב״ם רפי״ב מה״א ומע״י רק תק״ח משום איבה לא כחשב המזונת שכר מע״י דהא מזונת חייב לה מד״ת אף דמד״ת אין מע״י שלו ואיכה מחויבת במלאכתו וירושלמי לשיטתו דס״ל בר״פ המדיר דמזונת דרבנן ואפשר זהו בעיא דירושלמי אם כש״ם כיון דתקנו מזונת ותקנו מע״י תחת מזונת הוי מזונת שכר מע״י או משום דמזונת עיקר ומע״י רק משום איבה ל״ה מזונת שכר מע״י והרמב״ם ס״ל אף דמזונת לבד מן התורה מ״מ אחר שתקנו מע״י תחת מזונת עשו למזונת. שכר מע״י.

ובירושלמי ר״פ המדיר אמר אין מזונת האשה מדבר תורה כהדא דתנו אין ב״ד פוסקין לאשה מזונת מדמי שביעית אבל כיזוכית היא אכל בעלה בשביעית ופירש הק״ע אין ב״ד פוסקין מזונת לאשה שאין בעלה בעיר מדמי פירות שביעית שמכר הבעל דכיון דאיכו משועבד לה אלא מדרבנן דהיינו תחת מע״י הוי כפורע שכר פועל ומדמי שביעית לאסור וכן משמע ממה דמסיק דעשו אותה כפועל עיי״ש הרי דמזונת הן שכר מע״י לירושלמי דמזונת אין דבר תורה אבל אם מזונת ד״ת איכס כשכר פעולה והיו כמ״ש אליבא דראב״ד וקשה על הרמב״ם דבפ״ה מהלכות שמטה ויובל הלכה י״ד פסק כהך ברייתא והלא הוא ס״ל מזונת דבר תורה ואם מפרש כהפ״מ דירושלמי מביא ראיה דמזונת איכן ד״ת ומהא דכיזוכית אכל בעלה בשביעית דכיון דהמזונת איכן ד״ת הקילו שתאכל אכל בעלה וכן פירש הפ״מ רפ״ג דמעשרות א״כ קשה למה פסק הרמב״ם שם בפ״ה דיובל ושמטה דכיזוכית עם בעלה בשביעית כיון דפסק מזונת ד״ת וכראה משום דפסק שם ה״ג דמאכיל פירות שביעית לשכיר שבת או לשכיר שנה או שכיר חדש או שקבלן ומזונותיו עליו הרי הוא כאנשי ביתו ומאכילין אותו והרי כל אלו מחויב לזונם מן התורה ומ״מ מותר והירושלמי עכל״ל דק״ל באלו לאסור אבל קשה דהרי בתוספתא קפ״ה דשביעית תניא זה אה״ן שלא דמאכיל פירות שביעית לשכיר שבת ואיך והא דאין ב״ד פוסקין לאשה מפירות שביעית אבל כיזוכית משל בעלה לכן מחוורתא כפירש ק״ע וכמ״ש בשירי קרבן שם דהירושלמי ס״ל שם דמע״י לבעלה מן התורה וא״י לומר איני כיזוכית ואיני עושה לכן ס״ל לירושלמי אם מזונת דרבנן דתקנו בעד מע״י הוי כשכר פועל לכן אין ב״ד פוסקין לאשה מדמי פירות שביעית אבל עם בעלה אוכלת דגם פועל שקלן לו ומזונת או שכיר שבת וחדש ושנה אוכלין עם בעליהן אבל אם מזונת ד״ת אף דמע״י כמי מן התורה אין משום שכר זה בעד זה כלל דאין דורשין טעמא דקרא ואנן קי״ל מזונת ד״ת ומע״י דרבנן דיכולה לומר א״כ וא״ע וכיון דתקנו רבנן מע״י שלו תחת מזונת הויין מזונת שכר מע״י דכך היתה התקנה שלא יזונה באנס רק בשכר מע״י לכן אין פוסקין לאשה מזונות מפירות שביעית סו״ר בישיע״ק לקמן סי׳ ל״ג שכתב דאם מזונות דרבנן הוי שכר מע״י.

ונמצא מה דכתב רמב״ם דפטורה משום שלום בית ולא כתב משום דבעל שאול לה כיון דלה״ע היה מככה לה ומזונות אותו יום דגם שמירה בבעלים מפסיד שכרו ולפ״ז מיושב מה שהקשה שירי קרבן בפרק הכותב ה״ד וז״ל ולדברי הרמב״ם משמע דשלא בשעת מלאכתה חייבת ואיכה פטורה אלא בשעה מלאכתה קשה א״כ ומאי קאמר הירושלמי ומסתברא שהיא כש״ם ה״ל לחלק אם עשתה מלאכה לצרכו לבד תהא כש״ח ולצרכה ולצרכו היא כש״ם כדין שותפין ואם עשתה לצרכה לבד היא כשואל וחייבת אפילו באונס עכ״ל ולפימ״ש דמאי דהיא כש״ם משום דמזונת שכר מלאכתה א״כ אפילו עשתה לצרכו לבד הוא כש״ם ומ״ש אם עשתה לצרכה לבד היא כשואל וחייבת באונס כמי איכו דמבואר בר״פ הזורק דף ע״ז ע״ב לקייה כיהלה להוא דוכתא דמכח בה גיטא ופריך מה שקכתה אשה קנה בעלה וכתבו תוספת ורא״ש משום דאיכו כותן לה במתנה רק משאיל לה אמרינן מה שקכתה אשה קנה בעלה ואם כן ה״כ פטורה מאונסין דאין כל הכאה שלה דמה שקכתה קנה בעלה.

וגם לפי מ״ש לרמב״ם כמי כשסיברה שלא בשעת מלאכתה פטורה דמודה דהוי שמירה בבעלים ואז נ״ל דשכרה תפסוד דזה לא יתכן רק בשעת מלאכתה דשכרה בעד מלאכתה שמפסדת שכרה דלא אהכיא לו כלום באותו מלאכה ולמה ישלם לה שכר משא״כ אם שברה שלא בשעת מלאכתה דבלא״ה לית לה שכר בעד אותו שעה ואם תחייבה הרי הוא תשלומין מכיסה אפילו יככה לה מהמזונות דהוי שכרה מזמן אחר ובזה ודאי פטורה ולא הולך הרמב״ם לפטרה משום שלום בית רק כששברה בעת מלאכה שעושה לצרכו דבעד זה נוטלת שכר ומה שהקשה המו״ח בירושלמי איתא סתם ולא הוזכר בשעת מלאכתה ולמה נקט מרמב״ם בשעת מלאכתה כמי א״ש לפימ״ש דהירושלמי דבא ליתן טעם דאפילו כש״ה שתתחייב בפשיעה איכה דאזיל כמ״ד דפשיעה בבעלים חייב דלפ״ז לולא תקנה דשלום בית היתה חייבת גם שלא בשעת מלאכתה לכן לא נקט בשעת מלאכתה ולעולם פטורה משום תקנה אף דלפי טעמו של רמב״ם דכמלאת כזהרת ונמכעת מרוב המלאכות וכמלאת קטעה ביכיהם י״ל רק בשסיברה בשעת מלאכה פטורה מ״מ לא חלקו חכמים דאטו כשתרלה לעשות מלאכה בתוך ביתה תעלה ע״ד שתשבר ותעמיד עדים שסיברה במלאכתה וגם אטו כס׳ דיכא גמירי כדאיתא בפ״ק דקידושין דף י״ג וכשתתחייב שלא בשעת מלאכה תמכע ממלאכה דקבורה גם אז תשלם ומה דלא פירש הרמב״ם הטעם כמ״ש בק״ע דאם תתחייב לשלם בשיברה בפשיעה לא יהא שלום בית לעולם שיאמר הבעל שתשלם דבפשיעה שברה עכ״ל וזה פשוט יותר לפי מה שלא הוזכר בירושלמי בשיברה בשעת מלאכה כלאה משום דירושלמי אמר דאם תתחייב אין שלום בתוך ביתו לעולם ומאי לעולם אטו שבירה שכיח וכ״ש שלא בשעת מלאכה אע״כ מטעמו של רמב״ם דכמלאת כזהרת וכמכעת מרוב המלאכות וא״ש הא׳ לעולם ואפילו לפי הבכת המו״ח דלרמב״ם איכה פטורה רק בשיברה בשעת מלאכה א״ש דהוליא זה מהירושלמי מדאמר לעולם ע״כ משום דתמכע מרוב מלאכות ולסברתי דירושלמי פוטרה אף אם שיברה שלא בשעת מלאכה כמי משום דהולרכו לפוטרה בשעת מלאכה דאל״כ לא יהא שלום לעולם ע״כ ל״פ ופטרוה גם שלא בשעת מלאכה ועוד כהי דבשביל שלא בשעת מלאכה לא היו מתקנין דלא שכיח שתשבר אז וגם משום קטט בשביל שתולך לשלם

לשלם לא הוי מתקנין אבל כיון שהוכרחו לתקן שלא תשלם אם שיברה בשעת מלאכה דאל"כ תמנע לעולם ממלאכה ולא יהא שלום בית לעולם לכן תקנו נמי אף אם שיברה שלא בשעת מלאכה משום דאם תחייבה יהא אז קטטה בשביל החיוב וכה"ג כתבו תוספות בכתובות דף נ"ט ה"ב בד"ה טעמא מאי ותוס' בפ"ב דגיטין דף ע"ז ע"ב בד"ה אלמא ורא"ש בפ"ב דגיטין סי' ד' עיי"ש בק"נ אות ח"ת.

פטורה ראב"ד בהשגות כתב משום דהוי שמירה בבעלים פטורה גם בפשיעה ועיין מל"מ וב"מ כאן הקשה מה"ת לפוטרו אם מזיק בשוגג יותר מאיכא דעלמא דלא מצינו כי אם בשומר פטור וזה גופא גזה"כ ועוד הקשה מפרק המניח דף ל"ב איש שהזיק אשתו בתשה"מ בשוגג חייב והרי לגבי אשתו דין ש"ב יש לו על נכסיה כדאיתא בב"מ דף ל"ו ע"ב ואי נימא דאפילו על נזקים פטור בשוגג בנכסיה יותר מאיכא דעלמא מטעם דהיא עמו במלאכתו אטו היזק גופה גרע מנכסיה והא בעליו עמו קרינן א"ו דלגבי היזק אף בנכסיה חייב אא"ד ולאמור הנושא ילי"ק עפימ"ש ספורני בפרשת משפטים אהא דבעליו עמו לא ישלם ז"ל שפתם ונשאל בקירוב דעת כזה הוא נותן מתנה על דעת שיחזירו כיון שלא התנה אינו חייב להחזיר אלא כשהוא כמלאת בענין שאפילו לדעת האומר שמעת"ל חייב באונסין זהו מטעם שהתנאי של ע"מ ונבטל את המתנה א"ל יקויים התנאי אבל בזה שהיא מתנה על דעת להחזיר בלתי תנאי שיבטל המתנה א"ל יחזירנה הנה כ"ז שהוא בידי המקבל הוא שלו אע"פ שלא יחזירנה אח"כ ולא יתחייב על כל מה שיארע בה אפילו בפשיעה ובכן באה הקבלה שיהא פטור כל שומר בבעלים אפילו בפשיעה עכ"ל ול"ל דמ"מ מזיק בכונה לאו בכלל זה דמסתמא קפיד המשאיל בזה כיון שמשאיל ע"מ שיחזירנה לו ואטו משום קירוב הדעת ימחול לו מה שיזיק לו במזיד ולכאורה תינח במשאיל י"ל דנותן לו במתנה רק רוב הדבר למתנה עמ"ל אח"ז כיון דכל הנאה שלו ואף דאמר רק בלשון שאלה וכעין שכתב הרא"ש בפ"ק דקידושין במשאיל טבעת לקדש אשה אבל בנתן לשמור לו לבד ל"ל כן ול"ל דמ"מ מחמת קירוב הדעת סתמא לא קפיד ומוחל לו אם יארע לו בה היזק אף בפשיעה כיון דלא עשה היזק במזיד וא"כ זה דוקא בשמירה בבעלים דכשמשכו לרשותו נתן או מחל לו בעל החפץ משא"כ איכא דעלמא ומה שחייב כשהיה עמו בשעת ההיזק ולא היה בשעת שאלה היינו כיון שכבר נתחייב בשמירה ע' חו"מ בסי' ש"פ והנה כ"ז בהיזק ממון משא"כ בהיזק גוף סתמא לא מחיל איכא כמ"ש תוס' בפרק החובל דף צ"ב בד"ה ור' יוחנן ובזה א"ש דעת הי"א בחו"מ סי' קצ"ו סמ"ח בהג"ה דשליח בחנם שנתפס חייב המשלח לפדותו דתמהו האחרונים הא הוי ש"ב ולפימ"ש א"ש דשביה כולהו איתנייהו ביה ולצער גופיה מסתמא לא מחיל ויש לקרב דברי הספורני אל הקבלה לפימ"ש תוס' בפרק אע"פ דף נ"ו ע"ב דמה דחייבה תורה השומרים לפי שמשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה הלכך כשאינו משעבד עצמו פטור עכ"ל וע"כ מה שמשעבדים עצמם משום דודאי המשאיל ומפקיד קפיד בזה ועד"ז משאיל ומפקיד ואם בעלים עמו מחמת קירוב דעת בזה אפשר לא קפיד ממילא אין השומר משעבד עצמו כיון דשמא מחיל ה"ל למשאיל ולמפקיד להתנות בפירש דעל הבא להוציא מוטל להתנות כדאית' בחו"מ סי' ש"ו ס"ג בחמ"ח סקי"ב ולכן בהיזק הגוף דסתמא אינו מוחל משעבד עצמו השומר ואף דתוספת בב"מ דף צ"ו בד"ה ונשאל כתבו שאילה בבעלים אין סברא לפטור והוי כחדוש ואין לך בו אלא חדושו עכ"ל משמע דלא ס"ל כהספורני מ"מ י"ל דאינו חדוש ממש אלא כחדוש משום דסברת הספורני דחוק קצת ועוד אדרבה כיון דאין לך בו אלא חדושו ויש סברא לחלק פשיטא די"ל בנזקי ממון דמיירי בו התורה פטור שאלה בבעלים משא"כ נזקי גוף דסתמא אין אדם מוחל גם יש בו איסור לא הקילה תורה לפוטרו.

וב"י חו"מ סי' ש"ח ס"ח הביא דרמב"ן כתב הא דאמרינן בקב לכתף כשבור חולשא הוא דנקט ליה דמשמע דחייב משכיר בנזקין תמיהני וכי שומר הוא על גופו שישלם לו ואי בשוכר עבד מחברו אף הוא פטור אפילו מפשיעה וא"ת נזק אדם הן תימה הוא דהא לא מכחו אתי ליה נזקו אפילו הטעינו הוא עכ"ל וב"ח תירץ משום דהיכא דגרמי חייב עיי"ש עכ"פ למדנו מהרמב"ן דאם היה שומר על גופו דינא שישלם ולא מיפטר משום שאלה בבעלים בנזקי גוף אלא דאינו שומר על גופו ועוד דעבדים נתמעטו מדין שומרים ולפ"ז נראה דאין הבעל נמי שומר על גוף האשה דהיא בת דעת ויכולה לשמור עצמה.

ועוד דהא כעבד וקרקע דאדם אתקש לקרקע עיין כתובות בסי' קס"ג וא"כ לק"מ קושית הב"מ על המל"מ דאמר בשיטת הראב"ד דאשה ששיברה כלים שלא נתכוונה להזיק פטורה משום שב"ב אף דאדם מועד לעולם שאני שב"ב דתורה מיעטו וא"כ אשה דאין הבעל שומר על גופה או משום דמשועבדת לו היא כעבד וקרקע דאימעטו מדין שומרים לכן אינו נפטר משום שב"ב דלא אידשה תורה רק היכא דיש דין שומרים אבל בקרקע ועבד או כשאינו שומר על גופו כיון דאין לו דין שומר הוא כאיכא דעלמא וחייב מזיק שלא בכונה דאדם מועד לעולם שו"ר באור החיים פרשת משפטים פסוק הי"ת שכתב לענין מזיק אם היה בעלים עמו במלאכתו אולי לא הקיל הכתוב אלא בשומר.

סימן פ"א

אמר לה יקדשו ידיך לעושיהן בר"ן הקשה הא אר"ל מתוך שיכול לכופה נעשה כאומר לה יקדשו ידיך לעושיהן הרי לדידן דא"י לכופה גם יקדשו ידיך ל"מ דהא לר"מ דאין אדם מד"ל כאלו פירש שמקדיש ידיה ונראה דכיון די"ל א"כ וא"צ אין ידיה ברשותו אך כיון דאמר לה ושתקה מועיל כמ"ש הכ"מ פכ"ב ממכירה הע"ז בדעת הרמב"ם שם כיון שאמר מורישם כל מה שיוציא אילן זה לעניים והם שמעו ושתקו סבור וקביל וה"ל כאלו נדרו הם בעצמם וכ"כ ב"י חו"מ סי' רי"ב ונראה דמש"ה דייק הרמב"ם אמר לה ולא נקט הקדיש ידיה ור"ל בגמרא נמי ומש"ה נקט הכי דקמ"ל אם אמר יקדשו ידיך מהני אפילו אם א"י לכופה אלא כיון דיכול לכופה אפילו לא אמר לה וגם הקדיש מעשי ידיה הוי כאלו אמר לה יקדשו ידיך דמהני ודאי כיון דשתקה אלא דאם לא יכול לכופה והקדיש רק מעשי ידיה אפילו אמר לה ל"מ כיון דל"ל דנעשה משום דאין אדם מוציא דבריו לבטלה תינח הוא שדיבר אבל האשה רק שתקה ל"ל כן אלא שתקה למה שפירש דמקדיש מעשי ידיה ולא אכפת לה אם יהיו דבריו לבטלה לומר דודאי נתכוונה שיהא על דעת חכמים ואטו כשי דיכי גמירי כדאית' בפ"ק דקידושין דף י"ג.

וכתב

וכתב הב"ש כיון דהשתא היא ניזונית ממנו ומע"י משועבדת לו חל ההקדש וא"ל תו א"כ וא"ע ועי' תוספת ד"ה מאי אלו ומשם משמע לדידן בשאמר יקדשו ידיך ותמהו האחרונים הא תוספת איירי שלא אמר לה יקדשו ידיך רק לר"מ אדם מקדיש דשלב"ל וא"כ קודם שבא לעולם גם לר"מ מועיל חזרה ונראה לפמ"ש הש"א בפ"ג דקידושין דף ס"ג בשם ר"י בעל התוספת דלר"מ אם אמר מעכשיו א"י לחזור אפילו קודם שב"ל וכ"כ רמב"ן והר"ן כתב בנדרים דף כ"ט ע"ב דבהקדש אפילו אמר לאחר שלשים יום א"י לחזור דהוי כאמר מעכשיו ולאחר ל' וא"ש אך מ"ש הב"ש דוקא בניזונית ממנו עד היום דחל ההקדש לכאורה לפמ"ש דמשום דשתקה הוי כנדרה בעלמא אפי' לא ניזונית וי"ל דס"ל די"ל מה דשתקה לא חשה לדבריו כיון דאין ניזונית מה לו ולה להקדיש ידיה וכדאיתי' בפ"ק דקידושין דף י"ב שתיקה לאחר מתן מעות לא מ"ש ופרש"י דהאי דשתקה משום דלא איכפת לה לכן דוקא כשהיתה ניזונית על עכשיו ממנו ומע"י משועבדין לו רק משום די"ל א"א בתק"ח י"ל כיון דשתקה סברה וקיבלה שלא לומר א"כ וא"ע והא דכתב הכ"מ שם כששתקו היורשים סבור וקיבל יש נמי סברא כיון דהממון יגיע כפו של מורישם ורוצה לזכות נפשו והוי אצלם רק מניעת ריוח אך תוספת לא הזכירו דאמר לה משמע גם בלא שתיקתה כיון דהבעל א"י לחזור בו וחל ההקדש גם היא א"י לומר אח"כ א"כ וא"ע ועי"כ גם ב"ש כונתו כן.

אמנם גם דברי הכ"מ קשין לאומרם הא מושבע מפי אחרים ל"ל אמן כדאיתא בשבועות ואאת"ל דשתיקה הוי כגמר בלבו דמהני בהקדש בדה"ב מדכתיב כל נדיב עולות כדאיתא שם דף כ"ז ע"ב מ"מ השתא כל הקדש רק לעניים והוא חולין ותליא בפלוגתא שבחו"מ סי' רי"ב ס"ח וברמב"ם י"ל דמיירי כאן בהקדש בדה"ב אבל בש"ע שם ל"ל כן דאינו כותב רק מה דנהוג בזה"ז ובשו"ת מהר"מ א"ז סנ"ג הוכיח דגם בהקדש לא מהני שתיקה של בעלים ואפשר לפמ"ש בערך ש"י לחו"מ סי' פ"א ס"ה דרק במתנה ל"ה שתיקה כנתרצה י"ל הכא דבעד מע"י יש לה מזונות ל"ה מתנה הגם אפילו עכשיו מע"י עולין יותר מהמזונות הלא לפעמים לא ישוו כמזונות ולפעמים א"י לעשות כלל.

ואפשר לומר טעם אחר דכשהיתה ניזונית ממנו כשאמר לה יקדשו ידיך וחל ההקדש תו א"ל א"כ וא"ע לפמ"ש מהר"ם בתשובה שבמרדכי פ' שד"ג דא"י לומר א"א בתק"ח שתקנו לטובתו רק כשליכא פסידא לאחר וגם הוא מוחזק כמו איני ניזונית וא"ע ומוכח שם דאם שניהם אין מוחזקים זה יותר מזה אפילו ליכא פסידא לאחר א"ל א"כ וא"ע או בשאר תק"ח וביארתי דבריו לקמן בסימן ק"ע עיי"ש ונראה דכן ס"ל נמי התוספת בפ"ד דכתובות דף מ"ז ע"ב בד"ה זימנין שכתבו דא"ל איני נפדית ואיני נותנת לו פירות משום דידו כידה וזכה בגוף הקרקע לפירות וקשה הא עכשיו דאומרת איני ניפדית ואיני נותן לבעל הפירות תפסק זכותו מעכשיו ולא יהא ידו כידה כיון דמה ידו כידה וזכה בגוף הקרקע לפירות הוא מתק"ח שתקנו לטובתה והרי עכשיו אומרת א"א בתק"ח אע"כ ס"ל כיון דקודם שאמרה א"א בתק"ח היה ידו כידה וזכה בגוף הקרקע לפירות אינה חשובה מוחזקת יותר ממנו לכן א"ל א"א בתק"ח לכן כשהיתה ניזונית ממנו וחל ההקדש ממילא אמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי דכל מקום שהוא בי גזא דרחמנא הוא ועיין פרישה חו"מ סי' ר"כ ס"ד לענין ספק הקדש לדעת הרא"ש וטור אפי' בהקדש עניים לחומרא משום אין זה בכלל דאין מוציאין ממון מספק דאדרבה ההקדש נקרא קצת מוחזק כיון דאמל"ג כמסירה להדיוט דמי עיי"ש ונראה אף דרמב"ם שם ס"ל דאין מוציאין מספק ה"ט משום דהספק אם מעיקרא חל כלל ההקדש ולא נמסר לגבוה כלל מעולם וגם יש חמ"ק וגם השכ"מ שעמד וחוזר טוען ברי.

וא"כ הכא כיון דבשעת הקדישו חל ההקדש וממילא נעשה ההקדש מוחזק לכן כשבאה אח"כ לומר א"א בתק"ח באה להוציא מכאן ולהבא מן ההקדש ואינה חשובה מוחזקת לכן א"ל א"א בתק"ח.

ואפשר גם התוספת דמייתי ב"ש דמיירי בהקדיש מע"י דהוי דשלב"ל אף די"ל בדשלב"ל ל"ל דההקדש מוחזק כיון דעדיין לא ב"ל מ"מ אז גם היא אינה מוחזקת ומהר"ם הרי אמר שם דוקא משום שהיא מוחזקת ולאחר שנעשה ג"כ לא תוכל לומר איני נותנת מע"י להקדש ואיני ניזונית דכיון דכ"מ שהוא בי גזא דרחמנא מוכח אינה מוחזקת יותר מההקדש ולפי שיש לה חוב בהקדשו דתו לא תוכל לומר א"כ וא"ע ואין חבין לאדם שלב"פ אפשר מש"ה דוקא אם אמר לה יקדשו ידיך ושתקה וזה מועיל אף דלא חשוב כאלו נדרה בעלמא דא"ל כאן רק שנתרצה ולא יחשב דחבין לה שלא ברצונה וכיון דחל ההקדש תו א"ל א"כ וא"ע להוציא מיד ההקדש ולכן אם לא אמר בפירש יקדשו ידיך ל"ל נעשה כאומר משום דאין אדם מוציא דבריו לבטלה כיון דצריך הסכמתה והיא לא אמרה כלום רק שתקה י"ל לא נתרצית רק למה שאמר להדיא וכמ"ש לכן אר"ל דוקא משום דיכול לכופה נעשה כאומר ונראה הכרח לזה מדלא קמ"ל מתניתין אפילו אמר לה יקדשו ידיך הרי"ז עושה ואוכלת ואי דבא להשמיענו לענין מותר דלר"מ קודם אפילו הקדיש רק מע"י הא כהא דהתירא עדיף ועוד דלא קי"ל כר"מ ועדיף להשמיע רבותא להלכה אלא ודאי דאז אינה עושה ואוכלת אפילו לר"ה דא"י לכופה כיון דאמר לה ושתקה וגם לר"ל לטעמיה דר"מ דמותר קודם משום דיכול לכופה ומ"מ עושה ואוכלת כמ"ש רא"ה וריטב"א בא"ז דלר"ל מעה כסף כנגד מע"י ומזונות כנגד המותר ורישא וסיפא דמתניתין מיירי דמעלה לה כנגד מה שהקדיש ומ"מ ברישא עושה ואוכלת דמע"י כאפותקי על מזונות עיי"ש לכן דוקא בלא אמר לה יקדשו ידיך אבל אם אמר לה ושתקה הרי מחלה שעבודה ואינה עושה ואוכלת לכן אר"ל מתוך שיכול לכופה וא"ל הסכמתה נעשה כאומר לה יקדשו ידיך דמוכח מהמשנה דקדים אף דזולת שתיקתה עושה ואוכלת וכ"ז לרמב"ם דוקא באמר לה יקדשו ידיך ולא מיחתה שוב א"י למחות אך בתוספת בד"ה מאי לאו דלא הזכירו כלום דאמר לה שיהיו מע"י הקדש ומ"מ כיון דניזונית תו א"י אח"כ לומר א"כ וא"ע לר"ה משמע דגם בכה"ג כיון דחל ההקדש תו א"ל א"כ וא"ע וכ"כ בא"ז בד"ה הוי בה ר"פ בדעת התוספת כיון דכבר חל ההקדש שוב א"ל אח"כ א"כ וא"ע להפקיע מידי הקדש עיי"ש ונראה כוונתו כמ"ש כיון דאמל"ג כמסירה להדיוט א"י להוציא מידי ההקדש ועי' חו"מ סי' קנ"ג ס"ב דאם הוציא זיז לאויר חצר חברו בפני חברו ושתק הניזק ואין בעל החצר יכול אח"כ לבנות תחתיו עיי"ש ס"ג.

עוי"ל קושית הר"ן שעל הרמב"ם דהכא בסימן כ"ה לעיל פליגי רי"ו וב"י אם קדשה במעמ"ש

אי

אי הוי קידושי מדאורייתא דס"ל לר"ו דקנין שיש לו מתק"ח לא הוי כשלו מדאורייתא וא"כ דמע"י לבעל תק"ח ל"ה כשלו מה"ת וגם הג"פ לקמן סי' ק"כ כתב אף דבממון הפקר ב"ד הפקר ילפינן מקרא הייגו דהוי הפקר אבל כ"ז שלא בא ליד הזוכה לא חשוב כשלו מדאורייתא וא"כ הכא איכו הקדש מן התורה וא"כ מאי מייתי ר"ל ראיה ממה דס"ל לר"מ במעריך פחות מבן חדש דלאמד"ל דהרי רבנן פליגי אדר"מ וכיון דגם ר"מ מחמיר רק משום דסתם נדרים להחמיר מספק וכבר פליגי הפוסקים בספק איסור שיש בו כ"מ לממון אי לחומרא אם לא עיין ר"ן פ"ק דנדרים דף ז"ין וש"ך יו"ד ס"ס קע"ז וא"כ י"ל דבזה פליגי ר"מ ורבנן או דרבנן ס"ל כיון דהוציא דבריו בלשון ערך ודאי טעה ור"מ ס"ל דהוי ספק ואין לעשות פלוגתא רחוקה לומר לר"מ ודאי נתכוין לדמי ולרבנן ודאי נתכוין לערכין וא"כ הכא דאפילו הקדים ידיה להדיא דאינו רק הקדש מדרבנן גם ר"מ מודה ומפרש דהתם בערכין מפורש בתורה דוקא בן חדש משא"כ כאן כומר אדם יודע דאין אדם מקדים דשלב"ל מהיכי תיתי לעשות מזה ודאי מה דפליגי בזה כמה תנאי וצ"ל לפי"ש האחרונים דדוקא בתק"ח דלא עשו שיור אלים הקנין כדאורייתא משא"כ כשהניחו שיור לכן אר"ל מתוך שיכול לכופה למע"י הוי כאלו שלו מן התורה לכן אמרינן דנעשה כאלו אמר יקדשו ידיך ופריך הש"ס הא לא אמר הכי וליכא גם ספק ומשני דר"מ לשיטתו דלאמד"ל אבל למ"ד דא"י לכופה די"ל א"א בתק"ח א"כ יש שיור ולא אלים כד"ת לכן ל"ל נעשה אבל אם פירש יקדשו ידיך כיון דכיזונית הוי שפיר הקדש כיון דמדרבנן מע"י שלו כ"ז דלא אמרה א"כ וא"ע ועיין בחב"ת לעיל סי' כ"ח ס"ג ס"ק ל"ג ובזה מדויק ליפנא דר"ל מתוך שיכול לכופה נעשה כאמר לה יקדשו ידיך דהא מה דנעשה איכו משום דיכול לכופה אלא משום דיכול לכופה יכול להקדים ידיה וצ"ל משום דיכול לכופה יכול להקדים ידים ונעשה כאומר לה יקדשו ידיך ועוד הקשו באפ"ז ומהרמ"ש מכ"ל דר"ל פליג אדר"ה הא דר"ל איירי במעלה לו מזונת כמ"ש תוספת ולכן יכול לכופה למע"י כיון דנוטלת מזונת ור"ה איירי דאומרת איני ניזונית ולפימ"ש א"ש דמשום דיכול לכופה הרי אלמוהו רבנן לתקנתא דמע"י כדאורייתא משום הפקר ב"ד וכיון דמע"י שלו מדאורייתא אמרינן נעשה כמו בערכין דאם א"י לכופה משום דלא אלמוהו כד"ת והשאירו לה זכות לומר א"א בתק"ח א"כ גם בניזונית אין מע"י שלו רק מדרבנן ולא הוי הקדש רק מדרבנן וצ"ל נעשה.

ובתוי"ט מ"ד פ"א דנדרים הקשה על הרמב"ם דכתב בהקדים מע"י אשתו איכו קדוש עד שיאמר יקדשו ידיך והא בקונם פי מדבר עמך כתב הר"ן כיון דהזכיר הפה אף די"ל דקונם קאי אדיבור והוי דשלב"ע מ"מ כיון די"ל דקאי נמי אפה סתם נדרים להחמיר וכ"כ הר"ן בנדרים פ"ב דף ט"ז ע"ב מן התוספת בקונם ישיבת סוכה עלי לא מקרי דשלב"ע כיון שהזכיר שם החפץ שאוסר ולפ"ז גבי מקדישה מעשה ידיה דאמר בנדרים דף פ"ה באומרת יקדשו ידי נעשה כאומר קאמר כיון שהזכירה את הידים וכ"ל בדעת הרמב"ם פי"ב דנדרים שכתב אם נדרה שלא יהנה במעשה ידיה צריך להפר דהוי כאומרת יקדשו ידי עיי"ש וי"ל דמעשה ידיה אינן של בעל רק מדרבנן א"כ אפילו אמר יקדשו ידיך רק מדרבנן קדים לכן אין לומר סתם להחמיר דהוי ספקא דרבנן משא"כ אם האשה הקדישה מע"י דמן התורה הוי הקדש אם אמרה יקדשו ידי לכן אמרינן סתם נדרים להחמיר.

אך בתוספת רע"ק הקשה ממה שהקשה הש"ס בפ' אע"פ דף נ"ח ע"ב על ר"ל והא לא אמר הכי ומאי פריך והא כיון שהזכיר שם ידים ממילא הוי כאומר יקדשו ידיך ולפי מה שכתבתי דלר"ל דכופה הוי הפקר ב"ד וקנוי לו מן התורה הק"ל

ונראה דהא דאם הזכיר שם החפץ הוי כדבר שיש בו ממש אף דאמר ישיבת סוכה או קונם מעשה ידי דיותר נופל הלשון על הישיבה ועל מעשה ידיה דאין בהם ממש מ"מ עכ"פ יד מיהא הוי כיון דהזכיר שם החפץ הזכיר מקלת מן הנדר בדבר שיש בו ממש והכא בהקדים מעשה ידיה אף דיכול לכופה מ"מ הוי דשלב"ל ולא חשוב בידו דנהי דבידו לכופה בשוטים או בשמתא מ"מ אין בידו שתעשה מלאכה ומבואר בב"מ דף ע"ג ע"ב דדבר שבידו לא הוי אסמכתא ודבר שאין בידו הוא אסמכתא ובהגמ"ר פ"ק דב"מ כתב בהא דמה שאירש מאבא מכור לך דהוה אסמכתא שמא לא יירש וא"כ ה"כ אפילו אומר יקדשו ידיך הא אין הידים עצמן קדושת אלא מקדים מה שיצא מהידים ושמא לא תעשה אלא בהקדש ונדר חל גם באסמכתא כדאיתא בחו"מ סי' ר"ז ס"ט ואנכי כבר כתבתי במילואי ערך ש"י על יו"ד סי' ר"ה דאם היד לנדר שיש בו אסמכתא איכו נדר ולכן דוקא אם אמר יקדשו ידיך אבל אם האשה נדרה דבידה לעשות לא הוי אסמכתא ומהני מתורת יד ואף דלא חל הנדר רק אחר שתתגרש ואין בידה להתגרש הא מן התורה חל הנדר מיד דקונם מפקיע מידי שעבוד רק כ"ז שלא נתגרשה אלמוה לשעבודיה דבעל אבל לאחר שנתגרשה נשאר הנדר על ד"ת למפרע כמ"ש הר"ן בנדרים דף פ"ו ע"ב שו"ר בש"ב סי' ר"ג הא דהזכיר שם החפץ הוי נדר משום יד הוא ועיין סמ"ע סי' ר"ז סק"ו וש"ך כ"ח כל שעיקר כונתו להקנות אין בו משום אסמכתא אלא אם גילה דעתו דאין עיקר כונתו להקנות אלא לקיום תנאו מוחשב אסמכתא עיי"ש וזה דלא כהגמ"ר הנ"ל ונראה מש"ע במקנה אילן לפירותיו קנה אף דכונתו להקנות רק הפירות וספק יהיו ולהגמ"ר ל"ל דשא"ה דעבידי דאתי וסתמא יהיו פירות ומלשון הרמב"ם שבש"ע סי' ר"ז סי"ג משמע כל שיש ספק אם יהיה הוי אסמכתא ונראה דהפוסקים דלאסמכתא קניא מדאורייתא אמרינן דתק"ח היה רק אם אין עיקר כונתו להקנות רק אומר דרך קנס או גוזמא משא"כ אם מדאורייתא לא קניא היינו משום דיש ספק וכדס"ל לר"ט בפז"ב דף כ"ה דלא נתנה נזירות אלא להפלאה אף דכניסם מתכוין לנזירות מ"מ כיון דהוי ספק איכו נזיר ועמ"ש בחו"מ סי' ר"ז ס"ט ולכן לא קי"ל כר"ט אבל כשאינו רק יד אזי צריך הפלאה שלא יהא ספק וכמ"ש בהלכות נדרים סימן ר"ה ולכן אם האשה אסרה מע"י על בעלה דבידה לעשות ודעתה לעשות אין בו ספק אם יהיה משא"כ הבעל שאוסר מעשה ידי אשתו דאין בידו ועיין ב"ח ר"ס זה.

ס"ב האשה שאמרה וכו' כתבו חמ"ח וב"ש דלדעת הרמב"ם למסקנא דש"ס דקונם מפקיע מידי שעבוד ה"כ חל אדשלב"ל ואל"ל יקדשו ידיך והקשה בקו"א להפלאה א"כ מה פריך בנדרים וכתובות ונקדשו מהשתא משום דקונם מפקיע מידי שעבוד הא מעשי ידיה של בעל לגמרי ומעיקרא דפריך והא משעבדא משום דס"ד דלא"ל יקדשו ידי דעל ידיה אין לו

לו רק שעבוד את"ד כרא"ה דפשיטא לו דא"י לסלקו בזוזי מה שהוה מע"י ואישתמיטתיה ומ"ש טו"ז ביו"ד סי' רל"ד ומהרי"ט ח"א סי' ה' הובאו באב"מ לעיל סי' פ' ס"א והאב"מ דעתו דזוכה בגוף מע"י.

ונראה די"ל שפיר דגוף מע"י שלו ואין הכרח מכח קושית הקו"א לומר דיכולה לסלוקי בזוזי דמדרבנן שתקנו מע"י שלו הוי ממש שלו אך כיון דמדאורייתא אינן שלו אל הקונס וכדעת רי"ו לעיל סי' כ"ח דמקדשה במעמ"ש אינה מקודשת מן התורה ואף דבממון הפ"ל הפקר ב"ד הפקר כתבתי לעיל כיון דהם אמרו והם אמרו די"ל א"א בתק"ח וא"כ וא"ע הרי דלא עשו הפקר שיהא מע"י שלו מה"ת דא"כ לא היתה י"ל א"א בתק"ח אך כהי דמזונות מה"ת לדעת רמב"ם וכ"פ מ"מ כיון שתקנו מע"י תחת מזונות הפקיעו חיוב מזונות אם לא תרצה ליתן לו מע"י וזה הפקיעו לגמרי דאין בידה לומר איני עושה אלא אם אמרה א"כ וא"כ כשניזונית מחויב מן התורה ליתן לו מע"י שכר המזונות וכ"כ בקה"י לעיל סימן פ' סק"ו דדמי לפועל שקיבל שכר פעולתו דיכול לכופו על המלאכה בכל כפיות אך מ"מ אין לבעל קנין מן התורה בגוף מע"י רק חיוב אפילו למ"ד מעות קונות מן התורה ושכר פעולה הוי כמעות וכמבואר בחו"מ סי' של"ג סק"ד בהג"ה מ"מ הא מע"י דמלבב"ל ולא אל הקנין כשנתן לה מזונות כמלא ליכא מה"ת רק חיוב דמי של מע"י בעד המזונות ויכולה לסלוקי בזוזי ואף דמדרבנן תקנו שיהא גוף מע"י שלו מ"מ לא נקנה לבעל עדיין מן התורה וכמ"ש הג"פ בסי' ק"כ ואחרונים דמכח תק"ח אין נעשה קנין מן התורה עד שבא ליד הזוכה וזוכה בה ולדעת הגאונים ורמב"ם שהובא בסמ"ע סי' קל"ד סק"י דאף דלא קנה גוף הקרקע בזוזי שנתן מ"מ משכון הוי ה"נ מע"י כמשכון כמלא יש לבעל שעבוד מן התורה על מע"י אבל למסקנא דקונס מפקיע מידי שעבוד פריך שפיר ונקדשו מהשתא כיון דקנין אין לו מה"ת במע"י אל הקונס וכדאיתא בירושלמי ר"פ המדיר כיון דמדאורייתא אין משועבד למזונות אל הנדר.

סימן פ"ב

ס"א נדרה שלא להניק בפרק אע"פ דף נ"ט ע"ב תנן ומניקה את בנה ליתא מתניתין דלא כב"ש דתניא נדרה שלא להניק את בנה בש"א שומטת דד מפיו בה"א כופה ומניקתו אפ"ת ב"ש הב"ע כגון שנדרה היא וקיים לה הוא וס"ל לב"ש הוא נותן אצבע בין שיניה וב"ה ס"ל היא נתנה אב"ש וכו' אלא מחוורתא מתניתין דלא כב"ש וכתבו תוס' דל"ל שאסרה הנאת יניקתה עליו כיון דמשועבדא ליה אין הנדר חל והקשה מהרש"א כיון דקיים לה למה אין הנדר חל ותירץ מהר"ש שיף דקיים לה היינו שהחרים לה ולא הפר ומ"מ מה בכך דא"ל להפר שאין הנדר חל כלל עיי"ש ונ"ל מה דמתק משום דלא חם לה אבל קיים בפירש חל הנדר והאב"מ בסי' פ' ס"ו כתב כיון דכשהוציאה נדרה מפיה לא חל תו לא יחול אח"כ כשקיים לה ול"נ כיון דכל הנודרת ע"ד בעלה נודרת ופרש"י גיטין פ"ג ב' ע"מ אם ירצה הוי כע"מ שירצה אבא וכשקיים לה אח"כ תליא בברירה לומר הוברר למפרע דחל נדרה ואף דקי"ל בדאורייתא א"ב היינו לחומרא מספק אבל כאן אדרבה לחומרא שמא יש ברירה ועוד מדאורייתא חל הנדר מיד אלא דאלמוה לשיעבודיה דבעל ומדרבנן אם כן בדרבנן י"ב אך בריטב"א שבאס"ז כתב כהאב"מ ול"ל טעמו כיון דאין בידה שיקיים הבעל הוי כדבר שאין ברשותה עכשיו בשעת הנדר ותו לא חל אך הא מדאורייתא יוכל לחול מיד אלא דאלמוה לשיעבודיה ולפיכך חל כשאמרה לכי מיגרשה בקונם מע"י כדאיתא בכתובות דף נ"ט ע"ב ולא אמרינן כיון דהשתא לא חייל תו לא חייל כמ"ש ר"ן וריטב"א בנדרים דף פ"ו ה"נ אף דהשתא אין בידה יכול לחול ומה שטען האב"מ דדוקא באמרה בפירש לכי מיגרשה מהני טעם זה אבל בנדרה סתם מהיום לא חייל אפילו לכי מגרשה וה"נ אף דאח"כ רוצה הבעל בנדרה כיון דלשעתו לא חייל בתר הכי נמי לא חייל אמנם לפי מ"ש דתליא בברירה והוברר למפרע הרי חייל בשעת נדרה ועוד הא ריטב"א גופיה כתב בכתובות שם דלמסקנא אצ"ל לכי מיגרשא כיון דמדינא חייל מיד רק אלמוה רבנן לשיעבודיה ומתלא תלי וחייל אחר גירושין למפרע ול"ע ליישב קושית הריטב"א.

והגה תוספת שם כתבו דע"כ מיירי דאסרה הנאת הנקה על עצמה ומה דאמרי ב"ה כופה ומניקתו היינו שתשכור מינקת או תלא שלא בכתובה ולשון ומניקתו דחוק מאד דמשמע היא עצמה מניקתו ולפימ"ש י"ל דמיירי שפיר דאסרה הנאת הנקה על בעלה וס"ד דהש"ס בכתובות שם כהס"ד דהש"ס בפ"ק דביצה דף יו"ד דב"ה לית להו ברירה גם בדרבנן לענין מוקצה דיונים ועיי"ש בפרש"י ופנ"י שם ובפרש"י דף ל"ח ולב"ש שם אין ברירה אם ס"ל א"ב רק בדאורייתא ולר' אושעיא טעמא דב"ש דצריך חשב מעיקרא משום דאין הפתחים יוצאים מטומאתן רק ע"י מעשה וא"כ ליכא הוכחה מה ס"ל ב"ש בברירה וב"ה דגם בדרבנן ס"ל א"ב ע"כ משום דס"ל בודאי א"ב לכן הכא גם בקיים לה אח"כ א"ב למפרע וכיון דלא חל כשנדרה תו לא חל אח"כ והיינו דהיא נתנה אצבע בין שיניה כיון דלא הוברר קיומו למפרע הרי נדרה בעלמא וכיון דמשועבדה כופה ומניקתו דמה שקיים לה אח"כ לא עשה כלום כיון דכבר בטל הנדר ממילא וב"ש ס"ל דהוברר למפרע דמחיל לה וחל הנדר א"כ הוא נתן אצבע בין שיניה לכן חל הנדר ושומטת דד ובאס"ז לכתובות הביא פרש"י מהד"ק דב"ש ס"ל הוא נתן אצבע בין שיניה ודומה כאלו הוא הדירה מלהניק ואזיל שעבודיה לפיכך שומטת דד מפיו וב"ה ס"ל היא נתנה אב"ש ואין שומעין לה להפקיע שיעבוד בעלה עכ"ל ולפימ"ש מובן הטעם וכמלא לפימ"ש אם אסרה הנאת ההנקה על בעלה וקיים לה בפירש אסורה להניק.

ס"ז והבת אצל אמה לעולם בפרק הנושא דף ק"ב ע"ב אר"ח ז"א בת אצל אמה ודקתני למקום שאמה ולא קתני לבית אחיה מאי דבגדולה עסקינן דלאו בקטנה ומשום מעשה שהיה דתניא מי שמת והניח בן קטן לאמו יורשי האב אומרים יהא גדל אצלנו ואמו אומרת יהא בני גדל אצלי מניחין אותו אצל אמו ואין מניחין אותו אצל הראוי ליורשו מעשה היה ושחטוהו א"כ ליתני למקום שהיא מאי למקום שאמה ש"מ בת אצל אמה ל"ש גדולה ל"ש קטנה פרש"י ליתני מוליך לה מזונות למקום שהיא דמשמע לגדולה למקום שהיא ולקטנה למקום שהיא ומאי למקום שאמה דקתני מלתא פסיקתא ש"מ כל בת אצל האם ורמב"ם וטור לא הביאו דין זה והניחו הב"ש והאחרונים בקושיא ונ"ל דפירש המשניות פרק מי שאחזו כתב הרמב"ם מינקת אם מת הולד תנשא ולא

כחום

כחוש שמא תהרגנו לפי שזה רחוק מן האפשרות אא"כ היתה האם יורשת כגון שהיה בת דודו שאז כחוש מתנה שמא תהרגנו משום הירושה עיי"ש הרי דס"ל לרמב"ם דל"ש אחים ול"ש אם אם ראויה לירש הולד אין מניחין הולד אצל מי שראוי ליורשו ויצא לו זה מברייתא הנ"ל אך לפ"ז חזר בו הרמב"ם ושינוהו בספר היד כיון דר"ח ונדקדק מדלא קתני למקום שהיא מאי למקום שאמה ש"מ בת אצל אמה לעולם כדפרש"י דקתני ומלתא פסיקתא ואם איתא היכא דאמה ראויה ליורשה אין מניחין הבת אצלה הק"ל ליתני במקום שהיא אע"כ דר"ח דחי הברייתא ונקטי המשנה ולא ס"ל האי גזרה וזה שהאריך הש"ס ל"ש גדולה ל"ש קטנה דהיה יכול לקבל אפילו גדולה אלא קמ"ל דמוכח מהמשנה דאין חילוק כלל בין גדולה לקטנה לעולם הבת אצל אמה אפילו ראויה ליורשה ואז קטנה יותר רבותא וכשאין האם ראוי ליורשה גדולה יותר רבותא לכן לא אמר אפי' גדולה.

והנה אם אמה הלכה למקום אחר ס"ל למהריב"ל דבתה עמה דאלת"ה לא הוי מלתא פסיקתא והדרא קושיא לדוכתה ליתני למקום שהיא ורשד"ם בסי' קכ"ג חולק עליו והביא שם כן גם מהרדב"ז ונדחקו בקושית מהריב"ל ואני תמה לסברת מהריב"ל דהא דתנן מוליך לה מזונותיה למקום אמה אפילו הרחיקה מאד כיון דמלתא פסיקתא תנן א"כ יוציא הוצאות יותר מדמי המזונות ואם זכה מדמי המזונות לא הרויחה כלום ואפשר תפקיד ואם הבעל או יורשיו יתנו ההוצאות משלהם אטו זה מחויב יותר מהלוה מחברו דאינו מחויב להוליך אחר המלוה כמ"ש הש"ך בחו"מ ר"ס ע"ד דזה פשוט וכן הגוזל מחברו ולא נשבע א"צ להוליכו אחר הנגזל כמבואר בחו"מ סי' שס"ז אע"כ דלא מיירי מתניתין אלא כשאמה בעיר הבעל או יורשיו ונראה הכרח לזה דהכא תנן מוליך לה מזונותיה ובפרק הגוזל עלים תנן הגוזל את חברו ש"פ ונשבע לו יוליכנו אחריו אפילו למדי אלא ה"ט דאיתא בב"ר פרש' מ"ד כ"מ שנאמר אחרי מופלג והובא ברש"י פ"ז דסוטה דף ל"ג ע"ב ובפרשת ראה וגור אריה שם כתב דה"ה אחריו ונתן טעם ולפי דבריו ה"כ בלשון חכמים עיי"ש לכן בהגוזל תנן יוליכנו אחריו אפילו הפליג הנגזל אלא דאחריו שייך אפילו הפליג מעט כמ"ש גו"א שם לכן תני עוד ואפי' למדי דהפליג הרבה אבל בהנושא דאפילו הפליגה מעט אין חיוב לטרוח או להוציא הוצאות להוליך המזונות אחריה לכן תנן מוליך לה ולא אחריה ממלא מוכח דלא מיירי בהפליגה הוי שפיר מלתא דפסיקתא בין גדולה בין קטנה וביפה תואר הקשה על כלל זה מאיזה פסוקים ובתוכם מאחרי מות שני בני אהרן והביא תירוץ מהתוספתא פרק הניזקין דף סמ"ך וברמב"ן ר"פ אחרי כתב דכאמרה למחרת מיתת בני אהרן וקשה הא מבואר בהניזקין שם דבו ביום נאמר ולפי מ"ש הגו"א דגם במופלג קצת שייך אחרי י"ל קושית היפ"ת.

סימן פ"ג

ס"א והבושת אם בגלוי וכו' ובסתר בחו"מ ר"פ מציאת האשה פרשו בסתר בינו לבינה ש"מ תרתי דאם בפני שני עדים חשוב בגלוי ובשו"ת הרא"ש כלל מ"ס כתב בסתר בפני שני עדים ש"מ אסכא דבושת שלא בפני עדים לא חשוב בושת כלל דאל"כ הא משכחת דהודה שביישה ובפני שני עדים חשוב בסתר ותרי' שבאס"ז כתבו כמי בושת דתנן בפני עדים אבל שלא בפני עדים אפילו הודה פטור דהודאה הוי רק ביישה בדבריה ופטור ומה שפרע ראשה שלא בפני עדים דעשה מעשה ליכא בושה כלל כיון שלא היה בפני עדים ונמ"י כתב בשת בסתר היינו בפני שני עדים בלבד ומ"ש תרי' דאם הודה שביישה דהודאה הוי רק ביישה בדברים ל"ע דבזה"ז דמודין עד שיפייסה בממון אף על ביוש דברים כדאיתא בחו"מ סי' ת"כ וסי' א' ס"ו ונראה כיון שתבעה אותו בב"ד שביישה ושאלוהו הב"ד ולא רצה לטעון שקר הרי לא נתכוין לביישה ובושת אינו חייב רק אם נתכוין כמבואר בש"ס כילד הרגל והא דתנן בכתובות דמ"א פתיתי בתו ש"פ משלם בושת עפ"י עצמו י"ל שהודה שהיו אחרים בשעת מעשה ול"ע מ"ש הרמב"ם בפ"ה מהלכות חובל הח"ע ואפשר דמש"ה כתב בהשגות דיני דגיתי הוא זה.

ואם ביישה בפני אחד ל"ע כיון דהרא"ש ונמ"י כתבו דבושת דחייב הוי בפני עדים ובשו"ת מהרי"ו סי' כ"ח מוכח דחייב אם הודה רק אם כיחש אינו מחויב שבועה על ביוש דברים.

ובחו"מ סי' פ"ז סעיף מ"ס כתב אתה חבלת בי להד"מ נשבע היסת שאעפ"י שאינו משלם קנס עפ"י עצמו משלם שבת וריפוי אתה ביישתנו וזה אומר להד"ם אם הוא במקום שגובין קנס נשבע היסת שהרי אלו הודה היה חייב לו הבושת עכ"ל והקשה דרישה למה לא כתב בבבא דאתה חבלת נמי בושת כמ"ש הרמב"ם ולפימ"ש א"ש דאם ליכא עדים שחבל בו ואף דהודה בעצמו פטור מבושת דבחובל שלא בפני אחרים ליכא בושת כמ"ש הרמב"ם שם ומ"ש הרמב"ם דאם הודה חייב משום דההודאה הוי בושת לא ס"ל להטור דלא נתכוין לביישו בהודאתו רק לא רצה לטעון שקר לפני ב"ד נגד התובע אבל בסיפא דטוען אתה ביישתני ע"כ היינו בפני אחרים דחשוב בושה לכן אם הודה חייב בבושת ובק"ם לדי"ק הביא הטור לשון הרמב"ם אם לא היו שם עדים שראו וזה אומר אתה חבלת בי חייב בשבת ובבושת ובריפוי עכ"ל אך ברמב"ם שם איתא לא היו שם עדים כלל והטור השמיט תיבת כלל ונראה משום דלרמב"ם אפילו לא היו עדים כלל אפילו פסולי עדות וקרובים ונשים מ"מ חייב כשהודה אבל להטור דוקא אם היו שם רואים רק אינם כשרים לעדות אז חייב משום בושת אם הודה לכן נקט הטור שם בושת דכ"מ בכה"ג דאחרים רואים רק עדים אין רואים ואאת"ל דלא נתכוין הטור לזה מ"מ כיון דהחובל מוחזק י"ל קי"ל.

סימן פ"ד

מציאת האשה לבעלה דעת הרמ"ה דוקא בניזונית והרא"ש חולק ומשמע ברא"ש ר"פ מציאת האשה דבכל ענין פליגי בין באומר לה צאי מעשי במזונותיך בין באומרת א"כ וא"ע והב"ח הכריע כהרמ"ה והח"מ כתב דבאומרת א"כ וא"ע יפה כתב הרמ"ה ובאומר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך יפה כתב הרא"ש אלא דאינו כדאי להכריע בין הרים גדולים את"ד ונראה כיון דא"א להכריע אזלינן בתר שמוחזק וכשהמציאה בידה היא מוחזקת רק באמר לה צאי מעשי במזונותיך דאם מעשי לפעמים אין מספיקין וצריך למצאות לה י"ל קי"ל ומצא מן המציאה.

סי' פ"ה

סימן פ״ה

ס״ו ב״ש ס״ק כ״ז כתב דהא דכתב הטור דנאמנות במעות גלויים אפילו תקף הבעל היינו אפי׳ לענין פירות וכתב ההפלאה דהוא נגד מ״ש הב״ש בסוף ס״ק זה דאינה נאמנת אלא במגו דשל פלוני הם והא הוי מגו להוציא את״ד ולפימ״ש הש״ך בחו״מ סי׳ לד״ק ס״ק כ״ב לק״מ אך בלא״ה נראה לפימ״ש תוספת בשילהי פ״ק דכתובות הא דאין הולכין בממון אחר הרוב דוקא בנתן לו מדעתו וא״כ ה״נ יש לחלק לענין מגו להוציא דמש״ה לא מהני מגו להוציא דסברא זו לא עדיף מרוב דהא מבע״ל ברים ב״ב אי מהני מגו נגד חזקה דאא״פ תו״ז ומבואר בתה״ד סי׳ ר״ז דחזקה דאא״פ תו״ז באה מן הרוב כלומר רוב בני אדם אין עושין אלא בענין זה עיי״ש וכיון דלא נפשט הבעיא בב״ב שם דף ה׳ אי מועיל מגו נגד חזקה זו אי אפשר להוציא במגו דאפשר לא עדיף מרוב ואפשר ודאי לא עדיף מרוב אלא דהבעיא כיון דמוחזק לו שקול ישקל אהכי להחזיק וקשה נמי הכי הוא דאטו כ״ע גמירי לטעון טענה דעדיף ואין להקשות על התה״ד אם חזקה דאאפתו״ז מן הרוב אתי איך מהני להוציא ממון די״ל משום דחזקת חיוב מסייע נמי או דהוא רוב חשוב ועכ״פ בתקף דמהני רוב להוציא גם מגו מהני ובכנה״ג בב״מ אות כ״א הביא ממהרי״ט ח״א סי׳ ע״ן דגם מגו להוציא מתופס לא אמרינן המעיין במהרי״ט שם יראה דלא אמרו רק משום דהתופס נמי יש לו מגו אלא דלא נימא אוקי בחמ״ק לזה כתב דמגו דהתופס עדיף דהוי להחזיק ומגו דאידך הוי להוציא ועוד דבנידון דמהרי״ט בא ליד התופס מדעת בעלים ובכנה״ג קיצר ובתיבות בב״מ אות וא״ו העתיק יפה וא״כ מוכח דאם לא היה מגו להתופס היה מועיל מגו שכנגדו להוציא מן התופס.

ס״ב אתה נתתי לי נאמנת כתב הה״מ משום חזקה דאינה מעיזה וכתב ישועת יעקב לפימ״ש רמ״א לעיל סי׳ י״ז ס״ב דבזמן הזה דנפישי חוצפא ופריצותא אינה נאמנת לומר גרשתני אלא לחומרא דאתרע חזקה דאינה מעיזה א״כ הוי ליה לרמ״א לכתוב גם הכא דאינה נאמנת ונ״ל דבלא״ה חזקה דאינה מעיזה לא מהני לענין ממון וכתבו בית מאיר והאחרונים לפימ״ש רמב״ן בפהז״ה דף כ״א ע״ב דמדינא הל״ל נאמנת לומר אחר נתן לה ע״מ שאין לבעלה רשות בה אלא דא״כ יהא קטטה לעולם אם תפקיע ממנו הפירות לכן תקנו חכז״ל שיחשב הבעל מוחזק בפירות ולכן היכא דאומרת אתה נתתי לי לא חשו להתקן כיון דאינה מעיזה והעמידו על ד״ת את״ד וכיון דלא התקינו אז כשהיה החזקה טובה ממילא אין לאדם תקנה עכשיו וכמ״ש הב״י בא״ח סי׳ י״ג הובא במג״א שם ובסי׳ ב״א סקכ״ח.

סימן פ״ו

ס״א אשה שהיה בעלה במדה״י ובשעת מיתתה נשבעה שבעלה נתן לה רשות ליתן למי שתרצה מעות נ״מ שלה לכן נתנה לבתה כלי זהב שהיה בידה משל בעלה שתזכה בהם שוה מאתיים זוז אם לא ירצה בעלה ליתן לה המאתיים זוז ובא בנה ותפס הכלי זהב ופסק רשד״ס כיון שהיה לה מגו ליתן הכלי זהב לבתה בצנעא שלא יראה אדם נאמנת כמי שבעלה נתן לה רשות עיי״ש בחא״ע סי׳ קפ״ע ובשו״ת דברי ריבות סי׳ רפ״ז כתב דאינו דומה באומרה שיתן בעלה מאתיים זוז מנ״מ מורה היתר לעצמה כי הם מנכסיה ואין לבעלה רק פירות משא״כ אם היתה נותנת הכלי זהב לבתה לחלוטין הוי גזל ממש את״ד ולי נל״ע מב״מ דף קט״ז וב״ב דף ל״ו בהנהו עיזי דאכלי חושלא אתא מרא דחושלא תפסן דנאמן עד כדי דמיהן במגו דלקוחין בידי והא יש לחוש דמרא דחושלא מורה היתר לעצמו דלפי אומדן דעתו אכלי מה ששוה הרבה ואפשר כשלאו העיזי אכלי מהחושלא וכבר נאכלו ע״י אחרים הרבה אלא לפי שנמלאו אלו מורה היתר לעצמו סתמא אותן עיזי אכלי כל החושלא וסתמא הכי הוא דאם היה רואה דאכלי כל החושלא מתחלה עד סוף ודאי לא היה מניחן ולפי דינא אינו חייב ע״י אומדנא כדאיתא בחו״מ סי׳ ת״ח וא״כ נימא דאינו ר״ל לקוחין הן דזה הוי חמס דהעיזי ודאי אינן שלו לכן טוען שחייב לו בעל העיזי דמי חושלא וכן קשה מה פריך שם על אביי דלית לו דנאמן במגו דלקוח הא אביי ס״ל בפ״ק דב״מ דף וא״ו דחיישינן שמא ספק מלוה ישנה י״ל עליו וא״כ מה״ט נמי לא ס״ל מגו דלקוח דמה דתובע ממון מורה היתר לעצמו משום שמ״י אבל לטעון לקוח זה ודאי גוף החפץ אינו שלו והוי ודאי חמס ואי כיון דאינו נוטל בלא שבועה ל״ל שמ״י ה״נ נשבעה ולא היתה מורה היתר לעצמה לישבע בשקר ול״ל דמ״מ פריך על אביי מאבוה דשמואל דעשה מעשה בהנהו עיזי דאכלי חושלא ואתא מרא דחושלי ותפסן כיון דאבוה דשמואל קדים לו הרבה ועשה מעשה דא״כ מאי מהני הא דהתם לאו מידי דעביד לאשולי ולאוגורי דהא בלא״ה עדיין קשה על אביי דהא אינו נוטל בלא שבועה ונימא מגו דחשיד אממונא הלא דאמר אביי שמא שמ״י י״ל עליו ומורי התירא א״כ ליכא מגו דלקוחין דכיון דגופן ודאי אינן שלו אינו רוצה להיות גזלן אע״כ דמ״מ הוי שפיר מגו ומהימן בשבועה.

ול״ל כיון דתפסן הבן הוי מגו להוציא דהא רשד״ס וד״ר גם שניהם לא חשו לזה אע״כ כיון דכשהיו הכלי זהב בידה אומרה כן והיתה נאמנת וזכתה אותן להבת לא אכפת לן מה שתפסן הבן אח״כ ועוד דתפיסת הבן בחיי אביו לאו מידי הוא כיון דודאי נכסיו אינן שלו גם תפס שלא ברשות.

אך יש לפקפק מטעם אחר דכה״ג דנאמנת דבעלה נתן לה רשות ליתן לבתה מנ״מ אבל הכלי זהב שהן של בעלה ולא מהנ״מ מה יועיל מה שזיכתה לבתה חלק בהן שוה מאתיים זוז וגם למשכון לא הרשה אותה בעלה וא״כ בדין תפס הבן הכלי זהב בשביל אביו והבת תתבע האב שיתן לה ממעות נ״מ וגם במה קנתה הבת אפילו המעות מהנ״מ הא אין מטבע נקנה בחליפין ואפשר מדין מתנת שכ״מ זכתה ומ״מ בגוף הכלי זהב לא זכתה אם לא שנתן הבעל רשות להשכין ול״ל כיון דנתן לה רשות להורים מהנ״מ אהני לחייב את הבעל משום מתנת שכ״מ וממילא יכולה הבת לתפוס משום דמיניה אפילו מגלימא דעל כתפיה כמו שפרש״י בפ״ק דב״מ דף ו׳ בד״ה אביי אמר.

אמנם רשד״ס כתב אפילו לא הקנה הבעל לאשתו מהני מה שהרשה אותה ליתן מנ״מ בתורת שליחות דא״ל קנין וסגי בדיבור לבד כמבואר בטור חו״מ סי׳ קפ״ב עיי״ש ומה זו ראיה דודאי בדיבור לבד נעשה שליח ומעשה שליח כאלו עשהו המשלח בעצמו אבל הכא מה דנתנה אשה מנ״מ שלה בתורת מתנת שכ״מ הרי הבעל שהוא המשלח אינו שכ״מ ומה דהשכינה הכלי זהב של בעל וזיכתה להבת בגופן בזה לא

לא הרשה הבעל אותה וצריכין ראיה לזה לומר דגם אם השכ"מ שליח והמשלח בריא שיהא דברי השכ"מ ככו"מ על נכסי משלו ולפי הנראה ודאי אינו כיון דמה דדברי שכ"מ ככו"מ אינו רק תק"ח אין לנו רק מה דנתפרש בש"ס אופן התקנה וא"ל ממ"ש התה"ד בפסקיו סי' פ"ו דכתובות אלמנה ניגבת ממתנת שכ"מ ואם לוה השכ"מ בפניה ואמרה דאינה מקרבת הפסידה כתובתה עיי"ש דשאני התם דאין הנכסים שלה רק יש לה שיעבוד וכיון שנתרצית הרי מחלה וסילקה שעבודה דא"צ קנין לזה משא"כ בכ"מ של נשואה דאין הבעל יכול להסתלק בלא קנין כמ"ש רשד"ם עצמו שם ותמהני על רשד"ם וד"ר שלא העירו מזה כלום.

עוד יש לפקפק בפסק רשד"ם לפמ"ש רדב"ז בח"ד סי' קמ"ח והובא בנתיבות בכללי מגו אות ג' ובש"ס כ"ו אלא שנרשה שם בטענות דגם כשתפלים בידה ויש לה מגו להכחיש דאין לה או ליתנם לפלוני בשטר דדוקא אם אומרת על גוף התפלים שהם של פלוני אבל כשאומרת שבעלה חייב לפלוני לא מהני מגו שלה דחוב מגו להוציא דאין לה רשות לפרוע חוב של בעלה או ליתן משכון עיי"ש וה"נ גוף הכלי זהב של בעלה נהי דנתן לה בעלה רשות ליתן מכ"מ שלה שביד בעלה מ"מ אין זה רק חוב על בעלה ליתן מכ"מ שלה אבל אין לה רשות ליתן חפצים של בעלה בעד החוב ולא מהני המגו והגם דהרדב"ז כתב כמסתפק מ"מ הנתיבות פשיטא לו ועוד הא הבן תפס הכלי זהב מן הבת ומספק א"א להוציא מידו ועוד הרי הרשד"ם כתב דיש ספק שמא חזר בו הבעל ממה שהרשה אותה רק כיון שכבר נתנה הכלי זהב לבת אין להוציא ממנה והרי חזר הבן ותפסן ממנה ויש ס"ס שמא חזר בו הבעל ואת"ל לא חזר שמא לא מהימנא במגו לפרוע חוב הבעל בחפץ של הבעל וא"כ ודאי מועיל תפיסת הבן יותר ממה שתפסה הבת קודם כיון דס"ס מסייע להבן.

ול"ל כיון שהבעל נתן רשות לאשתו ליתן לבתה ממעות כ"מ שלה מה אכפת לו אם זיכתה לבתה בכלי זהב שלו וכיון שהתנה אם יתן לה הבעל מאתיים זוז תחזיר הכלים זה אינו דהא כ"מ אם נאבדו או נגנבו או פחתו אפילו בפשיעתי פטור הבעל כדלעיל סי' פ"ה ס"ב ועתה שזיכתה להבת שיעור המאתיים זוז בהכלים אם לא יהא לו המעות יוחלט מהכלים עצמן להבת ולא נתן לה רשות למכור כליו בעד מעות כ"מ שלה דהאם בעצמה לא אמרה רק שנתן לה רשות ליתן מהכ"מ שלה ועוד אין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר כדאיתא בפ"ג דגיטין דף כ"ט ואי דעמדה למות וע"כ יהיו הנכסים ביד אחר ה"ל למסרן ליד ב"ד ולא נתבאר שם שהבת מוחזקת על שלחן אמה שתהא רשאה למסור לה כלים של בעלה וגם בזה יש לפקפק כהי דכל המפקיד ע"י אשתו ובניו מפקיד היינו דיכול ליתן לבני ביתו בפקדון אבל לא בכה"ג שיוכל לבא מזה דו"ד בין הבת ובין בעל אמה דאפילו פרשה האם בפירש שלא יחויב בעלה ליתן המאתיים זוז רק מהמעות כ"מ ואם יאבדו יפטר מ"מ יהא קשה להוציא המשכנות מיד הבת בלא דמי ולא תאמין לו ואמה נח לו והבת קשה ממנה.

שו"ר ראיה לדברי ממ"ש הרא"ש בתשובה כלל ארבעים ס"ב אשה חלתה לויתה נתנה לבתה בצוואתה כ"מ ושתק בעלה דלא קנתה הבת דלא דמי להא דפ"ב דף קל"ב הכותב כל נכסיו לבניו וכתב לאשתו בפניה ושתקה קנקע כ"ש אבדה כתובתה דהתם היינו מחילת שעבוד בעלמא אבל הכא דבלוקח שוייה רבנן לא הפסיד בשתיקתו ועוד דמקולי כתובה היא עיי"ש והרי זולת הטעם השתיקה כנתרצה בפירש בשעת צוואתה ובשליחותו צוותה ודברי מלוה מחמת מיתה ככתובה ומקירה דמיא ויהא כאלו הבעל לוה מחמת מיתה דמועיל דהא רצוי מהני מתורת שליחות כמ"ש הרא"ש הובא בב"ש לעיל סי' ל"ז ס"ק י"ח וכ"כ הריב"ש סי' תע"ט עיי"ש ועיין ב"ש לעיל סי' ל"ז סקי"ז וכן מבואר לקמן סי' לד"ק דאם מכרה כ"מ ברשותו כשליחו דמיא עיי"ש ס"י וכ"כ שם כה"פ.

וכן מוכח מדברי המרדכי שבסוף פרק הזהב וכמ"ש בית מאיר לקמן סי' לד"ק ס"י בד"ה ראה שמכרה ושתק וז"ל הב"מ כיון דברשותו מטעם שליחות אתינן עליה י"ל דשליח בריא אינו יכול ליתן במתנת שכ"מ עכ"ל ודבריו מוכרחים בדברי המרדכי עיי"ש וכן כתב הפלאה בקו"א שם ס"י אות כ"ד בטעמי של המרדכי דאם אין המתנה של שכ"מ אע"ג שעשאו בעל הממון שליח ליתן לא הוי ככו"מ.

סימן פ"ח

ס"ב חוזרים לשום אותם כמו ששוים עכשיו המבי"ט חולק בזה וכתב בח"ב סי' קפ"ד דאם יש בע"ח ואם תגבה האלמנה נכסי נדוניתה כמו ששוים עתה לא יספיקו לבע"ח מודה הר"י קארו דשמין כמו ששוה כשנשאת ביותר משוין עיי"ש והובא בכנה"ג ולכאורה קשה למה הא לפי טעמו של הבית יוסף כיון דקבלן עליו הבעל בחוב כמו ששוה ביוקר הרי חייב לה אותו סך ועכשיו שהאשה נפרעת החוב יש לשום לה רק כמו ששוין עתה ונראה דמיירי בענין שאין להאשה קדומה כדאיתא לקמן סי' ק"ב סב"ג דאז נותנין לבע"ח כיון שנתן מעות ואין נותנין לאשה בכתובתה ובתוספת כתובה לכן ה"נ מה שקבלן הבעל עליו ביותר משוין הוי רק כתוספת כתובה אבל היכא דיש לה דין קדימה תלוי במחלוקת הב"ש והמבי"ט.

ס"ו שהוציא הרבה כתב חמ"ח סקי"א צריך שיאכל פירות של הוצאה זו אבל מה שאכל פירות ממקום אחר לא מהני ובאה"ז בשם תר"י לא משמע הכי והובא בקו"א להפלאה ולי נראה ממשמעות הרמב"ם פכ"ג מהלכות אישות ה"ח ולשון המחבר כאן שכתבו ואפילו לא לקח בפירות ממה שהוציא משמע כהחמ"ח וכן נראה כיון דמדינא מגיע לו ההוצאה רק מחמת אומדנא אמרו דמחל לא אמרינן אלא היכא דברור בודאי וכמ"ש הרא"ש בב"ב פמ"ש סכ"א וסכ"ג וה"נ כיון די"ל כונת הש"ס באכל מההוצאה ובשבועה בדרישת אחרי כתב אם מברר בעדים כמה הוציא נוטל גם אם הוציא יותר מהשבח כל מה שהוציא כמוציא ברשות ב"ד על מסרב בחו"מ סי' י"ד אמנם אין כדאי דקדוקי הקלוש להוציא נגד הריטב"א והנ"י וגם באה"ז הובא שכתבו אף דיורד ברשות והל"ל ידו על עליונה ליטול כל הוצאה אף היותר מהשבח ובשבועה מ"מ כיון דיש לו פירות בנכסי דיו שיטול בשבועה כנגד השבח והמותר ממחל מחיל כיון דלא התנה עכ"ל וא"כ ה"ט שייך גם כשמברר ההוצאה בעדים אף די"ל לדחות דדוקא בא"י כמה הוציא די"ש ס"ס שמא לא הוציא ושמא מחל לכן דיו שיטול בשבועה שיעור שבח משא"כ כשמברר בעדים צ"ל שמא

מחל

מחל דהוי א״י א״פ ולמה יגרע כחו של בעל אבל לשין ריטב״א וכמ״י משמע דאין ספק אם מחל רק ודאי מחל מדלא התנה.

ובזה נפשט גם ל״ע של השאלה בקו״א סק״ז אם מה שאינו נוטל ההולאה יתירה מהשבח הוא דוקא מחמת תקנתא דרבנן או ג״כ אם נתנה לו אשתו רשות להוליא ולפי הטעם דמחל לא שנא.

אמנם אם כשהוליא התנה דאינו מוחל יש לו ליטול כל הולאתו בשבועה וכ״כ ריטב״א לענין אם אכל מטעם דמהני תנאי.

סי״א וא״ל נתברר כמה הוליא כתב ב״ש אפילו בטענת ברי אין נשבעין ונוטלין ובקו״א השאלה שק״י הקשה כיון דמהאי ילפינן לכ״מ דהאי ידע והאי לא ידע דמשתבע מ״ל הוא ומ״ל בכו ולפי מ״ש הש״ך בחו״מ סי׳ ל״א ס״ק כ״ג כיון שהיה ברשות חברו מתחלה הימנוה חברו בשבועה א״כ ל״ל הכי לענין בכו דבעלים לא אסקו אדעתייהו שיוות המתעסק ולבכו לא הימנוה ועחו״מ סי׳ ע״א.

וצ״ל מה דר״ה שהובא בר״ן בפרק האשה שנפלו דף פ׳ ומהרי״ק ש״י דלמד מדין זה לכ״מ דהאי ידע והאי ל״י דק״ל דה״כ רבנן דנתנו לו רשות להוליא הימנוה או כיון דלדעתא דהכי נשאת הרי בעלמה נתנה לו רשות ולפ״ז מוכח גם בהך דחו״מ סי׳ ל״א בכו אינו נוטל בשבועה.

סימן פ״ט

ס״ד יורשי כתובה כתב ב״מ ליכא מ״ד דיתחייבו קרובים בקבורה במקום שאין ירושה רק מתורת לדקה וכ״מ שלא לירד לנכסיהם שלא בפניהם וגם כשאינם עשירים את״ד אך בשו״ת בשמים ראש סי׳ קכ״ח כתב אי איכא קרובים דאית להו כופין אותם משום פגם משפחה כשמוטל בלא קבורה ועוד שעליהם מוטל להטמאות לו ולקברו והכתוב אמר קרבו שאו את אחיכם.

סימן צדי״ק

ס״א בהג״ה הבעל יורש כח אותו שטר ב״ש הקשה למה לעיל סנ״ב בנדוניא דאמרינן אומדנא ומיד עלה בדעתי דשאני הכא כיון שכותב בשטח״ז שקיבל אותו סך מבתו הודאות בע״ד כמ״ע והתחייב עלמו כאלו קיבל ממש ומלאתי שכ״כ בני אהובה בפי׳ כ״ב מה״א סוף ה״ב וכ״כ ב״מ בלה״ב ס״ג.

ובישועות יעקב סק״ב הביא הא דב״ב דף קמ״ע בעי שכ״מ שהודה מהו ופרשו תוס׳ דהבעיא אם גם בהודאה אם עמד חוזר ואיפשטא מהודאה דאיסור גיורא דע״כ מתנת ברי הוא ואם עמד אינו חוזר דאל״כ כיון דגר ליתא בירושה ליתא ג״כ במתנת שכ״מ ותמה כיון דהודאה מהני אפילו בבריא לרוב הפוסקים ואם התנה שיוכל לחזור אם יעמוד מהני התנאי ואף בגר מתורת מתנת בריא ה״כ כימא אומדנא את״ד ונראה לפימ״ש הט״ז בחו״מ סי׳ ר״ז סט״ז אהא דקונין מבע״ח שכ״ז שיהא כך חוב זה מחול לו מנכסיו אע״ג דמחילה א״ל קנין הייתו מחילה ברורה משא״כ בזה שהוא תלויה עכ״ל והרי המחבר שם בסי״א פסק דערבוני מחול לך דבמחילה ליכא משום אסמכתא וא״ל קנין ול״ל בשלמא בערבוני מחול לך דעושה מעשה ונותן עכשיו הערבון ליד חברו אין לך קנין גדול מזה משא״כ בשט״ז דלא עשה מעשה רק דיבור אף דמחילה א״ל קנין כיון שהוא ברשות לוה זוכה ממילא מ״מ כיון שהזכיה רק מכח דיבור ואינו מחילה ברורה לריך קנין דבזה גומר ומקנה וא״כ ה״נ כשהודה דאינו רק דיבור אם כיומא אם עומד חוזר מכח האומדנא איכא מתנה ברורה ולא מהני בלא קנין ול״ד למתנת שכ״מ דמועיל בדיבור אף דאיכא מתנה ברורה דתק״ח הוא רק כדי שלא תטרוף דעתו משא״כ אם תאמר דמהני מדינא בתורת מתנת ברי עכל״ל אם עמד אינו חוזר דאל״כ לא מהני בלא קנין והרי איסיר גיורא לא עשה קנין רק הודה ואין לומר שאני הודאה ממחילה דבשלמא מוחל בחכם כיון שאין המחילה ברורה לא גמר ומוחל בלא עשה ק״ס משא״כ הודה שהמעות של פלוני דהוה ממש כאלו באמת של פלוני ואינו נותן בחכם דל״ל לא גמר ומקנה דאם הוי ממש כאלו הוא של פלוני ממילא אזלא האומדנא לומר דלא נתן רק אם ימות כיון דלאו שלו נתן אלא מה שקיבל מפלוני.

עוד הקשה איך פשיט מהך דשכ״מ שהודה אם עמד אינו חוזר דלמא שאני גר כיון דאם תאמר אם עמד חוזר לא מהני מתנתו דכירושה שוייה רבנן ע״כ לא היה דעתו לחזור דא״א מוליא דבריו לבטלה עיי״ש ג״כ לק״מ דדוקא בשטר דעביד מעשה לכתוב ולחתום אמרינן א״א מד״ל ולא בדבר הנקנה בע״פ בדיבורו כמ״ש מהר״ם רוטנבורג והובא בפ״ת לחו״מ סי׳ מ״ב סק״ז אך זה יש לדחות כהי דבדברים בעלמא י״ל דמוליא דבריו לבטלה וא״א להוליא ממון מספק אבל כאן דבאנו לומר אם עמד חוזר מכח אומדנא וכיון דאפשר גם בדברים אינו רולה לומר דברים לבטלה ממילא תו ליכא אומדנא והוי דברים שבלב ולא מבטלינן מה שאמר בפירוש אלא בלא״ה לק״מ דהבעיא שכ״מ שהודה אי כימא עמד חוזר דלא הוי כקיבל מפלוני המעות ממש כיון דסוחזק דלא קיבל וא״כ בבריא לא יועיל אודיתא כיון דהוי רק דברים בלא קנין דאפילו בלאו דחשוב כאסמכתא ל״מ דברים בלא קנין בבריא אלא דיועיל מחמת תק״ח בשכ״מ דככתובין ומסורין דמי א״כ אפילו התנה בפירש שלא יוכל לחזור לא מהני בלא קנין כדאיתא בחו״מ סי׳ ר״ב ובגר לא מהני כלל אפילו מת כיון דאינו מועיל רק מכח תק״ח דכירושה שוייה רבנן וכיון דהועיל אודיתא דאיסיר גיורא ע״כ דחשוב הודאות בע״ד כמ״ע כאלו קיבל ממש ואפילו בבריא מהני ממילא אם עמד אינו חוזר.

עוד הקשה כיון דבלשון חיוב יכול לחייב עלמו אפילו בדבר שאינו ברשותו ואף בדשלב״ל וא״כ למ״ל לאיסור להודות שקל ה״ל לחייב עלמו בתורת חיוב דמהכי וכן נתקשה בזה גדול אחד בזה את״ד ואישתמיט להו דברי שו״ת המיוחסות לרמב״ן סי׳ ס״ע שהקשה כן והוכיח מזה דמטלטלי דגר שזכה בהן אחר בשעת מיתתו אין בע״ח גובה מהן כמו מטלטלי דיתמי לדידא דגמרא והובא בחת״ס ח״ב מאבן העזר סי׳ קכ״ע והקשה החת״ס מאי ראיה דלמא אי היה מתחייב אמרינן אומדנא ואם עמד חוזר וכיון שאם עמד חוזר הוי כשאמר מתנת שכ״מ דליתא בגר ואפילו אם לא יחזור לא מהני כמבואר סברא זו בתוספת ב״ב דף קמ״ע שם ומש״ה היה לריך להודות שאלו הנכסים הם ממש של בנו שאז לא אמרינן אומדנא וקנה קנין גמור ולא מטעם שכ״מ וע״כ מוכח מרמב״ן דס״ל אפי׳ במתחייב סתם ולא שקבל הסך מיד מ״מ לא אמרינן אומדנא וא״כ קשה מ״ט כימא אומדנא בנדוניא שזקפן במלוה את״ד ולק״מ דהא יכול היה להתחייב ולהתנות בפירש שלא יוכל לחזור כשיעמוד ולקבל קנין על זה

דאז

דאז היה מועיל וכדאיתא בחו"מ רים סי' ר"כ ס"ב בהג"ה מתשובת רמב"ן ואין להקשות מאי עלה היא שיתחייב שמא לא ניחא לו לקבל עליו חוב דאז אם יאבדו המעות שהפקיד ביד רבא ישאר בע"ח ועבד לוה למלוה די"ל דהוה יכול להתנות שלא יתחייב ליפרע רק מהמעות שביד רבא כמלא קיימים דברי חכמים דיש חילוק בין מתחייב למודה שקיבל ואין רמב"ן חולק על זה.

ס"ב ואחריו ליורשי בש"ם מבואר הטעם הואיל והראשון יכול למכור לחלוטין ה"ל ראוי לבעל ותמה ב"ש הא בחו"מ סי' רמ"ה פסק רמ"א דמכירה של הראשון בטלה והיורשין מפקיעין מן הלוקח ומה שתירץ הב"ש תמוה כמבואר באחרונים וכ"ל דמה שאמר ואחריו ליורשי י"ל כותנו כמו מעכשיו דלא יוכל הראשון למכור גם י"ל ואחריו ליורשי רק אם ראשון ישייר כיון דלא פירש מעכשיו ומבואר בפ"כ בירושלמי ה"ו דהכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו עליו היא אומר ותהי עונותם על עלמותם ופירש מו"י בעבור בניו שהם עלמותיו ובעל העיטור כתב דוקא בניו ודוקא לא שייר להם כלום ועיין בסו"ת מת"ס אהע"ז סי' קנ"א הובא בפ"ת לחו"מ סי' רפ"ב דדוקא הניח בניו ולא שאר יורשים ודוקא לא הניח להם כלום אזי הוא עון חמור ותהי עונותם על עלמותם אבל זולת זה ליכא רק משום דאין רוח חכמים נוחה הימנו וא"כ סתמא כונתו שלא יועיל מכירת ראשון לחלוטין דאזי לא ישאר כלום ליורשיו לעולם וגדול עונו וכ"ש שב"מ דמיירי ביה ואף דהרי קמן דאמר נכסי לפלוני מ"מ כיון דאחריו ליורשיו של הנותן הרי הניח להם עכ"פ אחריו של מקבל ויכולים מיד אחר כך למכור זכותם בטוה"כ משא"כ אם ראשון יכול למכור לחלוטין לא ישאר ליורשי נותן כלום ואף דהרי קמן דהפקיע שאר יורשים אם מתה הבת והרע אין לה אין שאר יורשין עומדין במקומה כדאיתי בחו"מ סי' רמ"ח ס"ז בהג"ה ה"ט משום דלא היה דעתו רק על הבת ויו"ח דראוין ליורשו אז ולא עלה ע"ד דתמות הבת ולא יהא לה זרע עיי"ם בסמ"ע ועוד אף דחזינן דלא חשש להניח הירושה מ"ד אחר מותו ליורשיו וגם הפקיע שאר יורשים חוץ בתו הרעה וגם בזה אין רוח חכמים נוחה הימנו מ"מ כל מה דאפשר למעט האיסור יש למעט לומר דלא נתכוין לאפוקי איסורא כדאיתא בתמורה דף כ"ז וברמב"ם פ"ב מהלכות תמורה ה"ג ועמ"ש לעיל סי' ע"ד לכן לענין יורשי הבת יולאי חלליה אמרינן אומדנא דלא נתכוין שיוכל הראשון למכור לחלוטין משא"כ לענין הבעל אחר מיתת בתו דכמו זר נחשב אלא ליכא האי אומדנא ואם מכר הראשון מכירתו מכירה לכן הוי ראוי לגבי הבעל.

ס"ג החרש שנשא פקחת ומתה יירשנה בהרי היא בת דעת ולדעתה נשאת לו וזיכתה לו ממונה ובהשגות ראב"ד פכ"ב מה"א כתב מה דבידה זכתה לו ולאחר מותה לא זכתה לו ונתקשו בפירשו וכ"ל כיון דנשאת לו סתמא דעתה שיהא כבאר. נשואין וקנה מדרב גידל דהן הן הדברים הנקנין באמירה ודוקא מה דמלוי ברשותה כדלעיל סי' כ"א וז"ש מה דבידה זכתה לו אבל אם בא לרשותה אחר נשואין לא קנה בעל וכתבתי לעיל סי' כ"א להוכיח דדבר שיש בו חשש אסמכתא לא נקנה מדרב גידל לכן מה שלאחר מותה לא זכתה לו דהא לא ידעה אם תמות היא קודם לו וכדאיתא בירושלמי ר"פ הכותב דלהכי אם אמר שלא יירשנה לא מהני דלבסוף הוא זוכה

בהן ופירש ק"ע משום דאינה יודעת אם תמות בחייו והוי אסמכתא ודבריו מוכרחים דל"ל משום דהוי דבר שאינו ברשותו כמ"ש פ"מ שם דהא הוא ומימרא דרב ורב ס"ל בפ"ק דב"מ אדם מקנה דשלב"ל והאומר שדה זו לשאקחנה קנוי לך מעכשיו קנה והא דלא חשוב אסמכתא גבי שדה זו לשאקחנה דלא ידע דימכור לו בעל השדה י"ל משום דאמר מעכשיו כדאיתא בפא"כ ס"ו ע"ב דמעכשיו מסלק אסמכתא ובפרק הכותב דף פ"ד בתוספת בד"ה וקבר רב תנאו קיים כתבו דע"מ שלא יירשנה היא לא ידע דמחיל שמא לא תמות והוי כמו אונאה דאמר רב האומר ע"מ שאין לך עלי אונאה יש לו עליו אונאה אפילו לר"י דבדבר שבממון תנאו קיים משום דלא ידע דמחיל וא"כ הוי חדא טעמא עם הירושלמי לפי פירש הק"ע דחשוב אסמכתא משום דלא ידע דמחיל ואומר על הספק ולא גמר בדעתו למחול ובהשגות ראב"ד פי"ב מה"א ובפכ"ג דכתב טעמים אחרים משום דלא חלו הנשואים רק אדעתא דתנאי זה משום דבר"פ הכותב בש"ס דילן מסיק לרב דמשום דמתנה עמש"ב בתורה ועכ"פ דס"ל דתנאי בעודה ארוכה ל"ל דהוי אסמכתא כיון דלא נשאת לו רק אדעתא דהכי אלא דאנן קי"ל בדבר שבממון תנאו קיים אף דמתנה עמש"ב וטעמו של ראב"ד בפכ"ג מה"א משום דעדיין לא זכה בירושה וא"א מקנה דשלב"ל לכן לא מהני תנאו אחר נשואין שלא יירשנה אפילו בקנין משום דנהי דהוי כאסמכתא אינה אסמכתא גמורה כיון דאינה דרך קנס וגוזמא מהני קנין כמו בערב לאחר מ"מ כיון דהוי על ספק אם לא יפרע לוה הוי אסמכתא ולריך קנין ועש"ך חו"מ סי' מ"ס סק"ד ובירושלמי פ"ק דכתובות ה"ב חרש שנשא פקחת אין לה עליו מזונות ולא כתובה ואם מתה הוא יורשה שהיא רלתה ליזוק לו בנכסיה והוא לא רולה לזוק לה בנכסיו פקח שנשא חרשה יש לה עליו מזונת וכתובה ופריך וחרשת יש לה קנין ויש לה כתובה ומשני שהיתה חרשת ונתפקחה כנסה פקחת ונתחרשה ר' יוסי לא אמר כן אלא מי שבא על החרשת שמא אין לה קנס עיי"ם וקשה למה פריך על כתובה ולא על מזונות דקדים בברייתא כיון דאין לה קנין למה יש לה מזונות והק"ע פירש דהקושיא גם על מזונות אבל הרי ירושלמי נקט רק כתובה אלא הוא הדבר שכתבתי דמזונות נתחייב הפקח מדרב גידל משא"כ כתובה דאינו רק על ספק אם יגרשה או ימות בחייה לא מתחייב רק אם כתב לה כתובה כיון דלא תקנו חכמים רק בא‌נו עליו מחמת דמדעתו נשאה סתמא קיבל עליו כשאר בעל לאשתו וכדאיתא בירושלמי פרק אעפ"י ה"א דבעל אינה מתחייב לה תוספת כתובה מדרב גידל רק כשכתב לה והכא בפקח שנשא חרשת דלית לה מדינא שום כתובה הכל הוי כת"כ.

והנה קשה למה פריך הירושלמי על חרשת דבקיפא דברייתא ולא על רישא חרש שנשא פקחת יורשה למה הא אין לו קנין קידושין מן התורה וכ"ל דנקט חרשת משום דר' יוסי דפליג בחרשת אבל אה"נ כמו דמשני בחרשת כ"ל דרישא בחרש נמי בהכי מיירי ולפ"ז אין פרכא על הראב"ד מהירושלמי כלל והכ"מ כתב דדברי הרמב"ם מבוארין בירושלמי ולפי מ"ש לק"מ על הראב"ד ובקו"א להפלאה כתב לכאורה כונת הראב"ד מטעם דאין ביד האדם להקנות לאחר מיתה במתנת בריא אך באמת זה אינו דמו"כ אם זכתה לו בחייה דהיינו כיון דנשאת לו ניחא לה שיהא לו זכות בכל נכסיה ככל בעל בנכסי אשתו א"כ כיון

דתק"ח הוא דבעל לוקח הוי מטעת כישואין הרי זוכה בגוף מחיים וכ"ש בכל"ב וכ"כ בני אהובה דהרי בידה להקנות לו מהיום ולאחר מיתה ולפימ"ש אה"כ אם היה קנין או שטר אבל כאן ליכא שום קנין רק דאמדו חכמים לדעתה כיון דנשאת לו לדעתה וזכה אותו בנכסיה ומועיל מדרב גידל וזה לא מועיל לענין ירושה דהוי על ספק ולא ידעה ומחלה.

אמנם דעת רש"י בכתובות דף מ"ח ע"ב בד"ה שמואל אמר לירושתה הוא דמהכי מסירה שאם מתה בדרך בעל יורש כלוכייתה כיון דמסרה אמולי אזיל אך מהשתא מחמת קירוב נישואין עכ"ל הרי דטעמא דקירוב נישואין מועיל גם לענין ירושה ועמ"ש לעיל סי' כ"ז אך י"ל שמואל לטעמיה דקי"ל בפרק הזהב דף כ"א בע"מ שאין לך עלי אונאה אין לו עליו אונאה דגמיר ומחיל אף דלא ידע אי יש בו אונאה ויש גאונים פסקו כשמואל כדאיתא בהגמ"י פי"ג ה"ג דמכירה ואנן דפסקינן כרב דיש עליו אונאה דלא ידע ומחיל קי"ל כמי כרב דמסירתה לשלוחי בעל זו הוא חופתה ומש גם לענין הפרת נדריה דבעל מיפר לבדו וכדעת התוספת בפרק נערה דף מ"ח ע"ב וכ"ד כה"פ כמ"ש טו"ז וש"ך יו"ד סי' רל"ד ס"ח וא"כ גם לירושתה כנשואה הוא מחש ולא מטעם מחילה.

ועוד שאני ירושה כשמסרה לשלוחי הבעל אף דהוי קלת אסמכתא מ"מ כיון דקבורתה תחת כלוכייתה כדאיתא בפרק נערה שנתפתתה דף מ"ז ע"ב איידי דבעי למקני גמר ומקנה על הספק כמ"ש בתוס' בסנהדרין דף כ"ה ע"ב ואף דרש"י לא כתב שם כן הייני באסמכתא גמורה ועיין חו"מ סי' קע"ו ס"ג בהג"ה דאותכין שנשתתפו בכל מה שירויחו דאמרינן איידי דבעי לקנות גמרו ומקני להדדי אף דהוה דסלב"ל ואסמכתא קלת דאין יודעין מי ירויח ועיין בחו"מ סי' כ"ז ס"ג בהג"ה ובזה מדויק מה שפרש"י כלוכייתה אף דיש בירושה ג"כ כ"ע אלא כיון דהוה על ספק ול"ל דגמרו ומקני אהדדי משום דקבורתה תחת כלוכייתה ואף דלפעמים כלוכייתה הרבה מהוצאות קבורתה מ"מ ל"פ רבנן בתקנתן דהא קבורתה תחת כלוכייתה ולא חלקי ואפילו כשאה ערותה משא"כ בפקחת שנשאת לחרש דהוא אינו מתחייב לה כלום ומה שחילקתי דבאסמכת גמורה לא ס"ל לרש"י וקייעתיה איידי דבעי לקנות גמר ומקנה משא"כ באסמכת קלת הייני דרש"י כתב בסנהדרין כ"ד ע"ב וז"ל אסמכתא הייני דבר שאינו נותן לו מדעתו אלא סומך על דבר שאינו דסבור שהוא יכול לנלח ופעמים דמנלהין אותו עכ"ל וכיון שאינו נותן לו מדעתו וסומך על שאינו ל"ל דגמר ומקנה משא"כ באסמכת קלת כנידון דהכא דאמולי אזיל הרי מוחל מדעתו ואינו סומך על דבר שאינו רק כיון דהוה ספק לא גמר ומקנה בזה י"ל ואיידי דבעי לקנות מספק גמר ומקנה מספק כיון דדעתו להקנות רק לריך להיות גומר ומקנה.

בד"ה כפל הבית וכו' הקשו הראשונים הא קי"ל א"א מורים שבועה לבניו א"כ אפילו מת הבעל קודם אין ליורשיה כלום והקשה בקו"א להפלאה למה לא הרלו דמיירי דכתב לה נאמנות אף כגד יורשין דמהכי עכ"פ דלא שייך א"א מורים כמבואר לקמן סי' ל"א ותירן דאיתא בפרק הכותב דף פ"ד מי שמת והניח פקדון ביד אחר רעק"א יתנו ליורשים שכולם לריכים שבועה ואין היורשים לריכין שבועה ואיתא שם בירושלמי דאפילו כתן לה נאמנות ומשים דזה תורה וזה אינו תורה וה"פ דאף שכתן לה נאמנות הוא רק חיוב שמתחייב משלו אם תאמר שלא נפרעת וזה אינו תורי' לכן ה"כ יורשי הבעל קודמין את"ד ואיסתמיעתים דתוספת וכמ"י בפמ"ם דף קכ"ח תרלו לחד תירולא שפטרה הבעל משבועה אך מה יעשו בירושלמי זה וכ"ל דנהי דהפטור הוא חיוב חכם להגבותה אפילו אם כבר נפרעת ומשקרת שלא נפרעת מ"מ גם זה תורה דיכול אדם לחייב עלמו במה שאינו חייב וכ"ז למאי דקי"ל כר"י בפרק הנושא דף ק"ב אבל בירושלמי שם ובפרק אעפ"י איתא דר"י ור"ל ס"ל דאינו יכול לחייב עלמו במה שאינו חייב ומה דמתחייב לה תוס' כתובה ולזון את בתה הוא משום דר"ג דהן דברים הנקנין באמירה משום חיבת חיתון והא דאמר שם דבעל אינו מתחייב רק בכתב הייני כיון דחיוב ת"כ על ספק אם ימות קודם לריך כתב לסלק חשש אסמכתא אבל אף דכתב מועיל לסלק חשש אסמכתא מ"מ אינו יכול לחייב עלמו מה שאינו חייב מן הדין אלא משום דר"ג ואיתא בנו"ב קמא חאו"ת סכ"ח ותכייכא סי' מ"ב דהא דרב גידל תק"ח הוא ולפ"ז א"ש דאמר דזה אינו תורה ולירושלמי י"ל בשאר בע"ח ל"ת נאמנות לפטור משבועה וא"כ לדידן דקי"ל כר"י דבבלי דיכול אדם להתחייב במה שאינו חייב זה כמי תורה ושפיר תרלו תוס' וכמ"י.

ויל"ד על הירושלמי הן לדידי הן להפלאה הא מן התורה א"ל שבועה דליכא שבועה וכוטל מן התורה כדאיתא בפרק הכותב דף פ"ז ע"ב וא"כ חיוב שבועה רק דרבנן וכיון שפטרה אפילו אין מועיל רק מדרבנן מ"מ כשאר על ד"ת ועו"ק הא זולת נאמנות יש כמה אנפי דפטורין הב"ח משבועה כמ"ש ק"ע ומ"פ במת תו"ז פרעון או לא רלה לפרוע ומת מתוך שמתא ול"ל דלא אמר רק לענין נשים וג"ז קשה דמסכחת לה בייחד לה מטלטלין לכתובתה וכאבדו לדעת רש"י שהביא החמ"ח לקמן סי' ל"ו סק"ב וגם פירוש הרא"ש בפרק הכותב שם מאד דחוק.

ולולא דבריו י"ל דמש"ה יתנו ליורשין דיש להם זכיה בגוף הפקדון וא"א להפקיע זכותם משא"כ כתובה וב"ח אין להם רק שעבוד ומהכי מד"ת קונס להפקיע משיעבוד וא"כ אינו עומד לגבות בודאי אלא מדרבנן אלמוהו שעבוד אשה וב"ח דלא מלי לאסור בקונס כדאיתא בתוספת בפרק אעפ"י דף כ"ט ע"ב ואפילו היורשים יכולים לאסור הנכסים כדאיתי' ביבמות פרק אלמנה לכ"ג דף ס"ו ע"ב ואע"ג דיורשים לריכים לשלם שגרמו היזק כמו שפרש"י ביבמות שם זה ג"כ רק מדינא דגרמי דאינו רק מדרבנן ועוד עכ"פ גוף הדבר יכולין לאסור מן התורה על בע"ח והאשה וזה שאמר זו תורה היורשים יש להם זכות בהפקדון מן התורה משא"כ האשה ובע"ח אינו מן התורה כיון דאפשר לאסור עליהן מחוסרי גוביינא עדיין אינו בהזקתן ולפ"ז י"ל דכ"ז לדידן דקי"ל שטר העומד לגבות לאו כגבוי משא"כ לב"ש דס"ל שטר העומד לגבות כגבוי הוי כמונח ברשותם של אשה ובע"ח ואין היורשים יכולים לאסור דבר שאינו שלהם לכן אמר רע"ק הטעם דאלו לריכין שבועה דלולא זאת ה"א דכגבוי דמי דרע"ק מתלמידי ב"ש כמו שפי' רש"י בפרק המפקיד דף ל"ז ע"ב וכ"ד הר"א בתוס' ב"ב דף קכ"ח כמ"ש מהרש"א שם ומה שאמר הירושלמי זו תורה וזו אינה תורה הייני לדידן דלא ס"ל דשטר העומד לגבות כגבוי דמי אף דעל כל העולם גם מדרבנן יכולים היורשים לאסור כהך דיבמות מ"מ אזי תלא המומן גם מחזקת היורשים ומה אולמייהו מן האשה ובע"ה.

ס"ז האשה שכתבה כל נכסיה בכתובות דף ע"ח ע"ב פרש"י והודיעה לעדים שאין מתנה זו מתנה אלא להבריח ולא שתזכה בהם הבת אם תתאלמן או תתגרש והקשו תוספת א"כ אמאי פליגי רב ענן ורבא על ר"נ פשיטא דלא קנתה הבת והרא"ש הקשה א"כ גם בשיירה נקלת כיון דאיתא עדים ועוד בפרק מ"ש איך טעה ר"נ כיון דאיכא ובאס"ז הקשה א"כ איך אמרו בפמ"ש דהתם גליא דעתה והכא בכתובות לא גליא דעתה הא הודיעה לעדים לכן כתבו כולם דלא הודיעה לעדים והשטר בטל משום אומדנא דלא שבקה נפשה כדאמרינן בשכ"מ שנתן כל נכסיו דאם עמד חוזר וכ"ל לתרץ פרש"י כיון דהאומדנא רק אם תתאלמן או תתגרש הרי אזי תקח כתובת אלמנה נמצא יש לה שיור ובעודה תחת בעלה יש לה שאר וכסות והרי דעת המחבר בסי' ר"נ דשיור אפילו במטלטלין כל שהוא שני ואפילו למ"ד התם דוקא שיור שתוכל להתפרנס מ"מ איך פקיעא לש"ס הכא דלא הוי שיור אם יכולה להתעכב דאפילו בחמשים זוז מלינו דלא יטול מהצדקה כדאיתא ביו"ד סי' רנ"ג ובב"י יו"ד סי' ר"ס כתב דאשה נמי מתעסקת בשלה כדרך נשים ועוד למה לא מחלק הש"ס אם יש לה תוספת כתובה דיכולה להתפרנס ותימה שלא נתעוררו בזה לכן ס"ל לרש"י דאין זה אומדנא גדולה כמו בשכ"מ דלא שייר לעצמו כלום ואין בכח אומדנא זו לקרוע השטר ולהוציא המקבל מהנכסים אחר שירד בהן ברשות ומוחזק בהן וצריך דוקא הודיעה לעדים והנה אם רק הע"ח אומרים שהודיעה להם וכת"י יוצא מ"מ אין נאמנים כמ"ש בב"ש בס"ק כ"ה מפרש"י והרא"ש והמרדכי במתנה במקצת זולת במתנה בכולה דא"צ לעדים אבל לפימ"ש גם במתנה בכולה ליכא אומדנא גדולה דמוכח ולא סגי בלא עדים ולכן פרש"י והודיעה לעדים ולא כתב להעדים דהוי משמע להעדים שעל השטר אלא לעדים אחרים וכיון דע"ח א"כ דהוי כהגיד דנעשה בלא תנאי וא"ח ומגיד א"כ בשיש עדים אחרים על התנאי הוי כתרי ותרי כשהמקבל אינו מודה וכ"כ התומים בסי' מ"ו ס"ק מ"ט וכן הביא מהג"ת שם לענין תנאי וא"כ קשה למה קרעו ר"נ ושמואל לשטרא הא קי"ל בפרק שני דכתובות דף כ"ף דבתרי ותרי לא קרעינן לשטרא ועוד כיון דהמקבל ירד לנכסים ברשותה והחזיק בנכסים דעכ"פ עד שנתגרשה היה של המקבל א"כ בתרי ותרי שהוכחשו לענין תנאי אין מוציאין כמ"ש בשו"ת הרשב"א הובא בב"י חו"מ סי' כ"ט עכצ"ל נמי משום אומדנא אף דאינה אומדנא דמוכח טובא אהני לסייע להרי המעידים שגלתה דעתה דמשום אנסותי מברחת לנכסיה וכמ"ש בשו"ת ברכת יוסף בחיו"ד סי' ב' דסברא או אומדנא שהוא זולת העדים מהני לסייע להעדים בהכחשת תרי ותרי וס"ל להש"ס דזה דוקא בלא שיירה לנפשה מנכסיה זולת הכתובה דמי יימר שיהא מנכסי בעל לפרוע כתובתה ויש אומדנא קלת דלא שבקה לנפשה מנכסיה בעין על סמך הכתובה ורב ענן ס"ל כיון דיהא לה כתובה לא שבקה לנפשה בלא כלום דסמכה על הכתובה שתטול ואפשר ס"ל לשמואל ור"נ כיון דעכ"פ יש אומדנא דמוכח טובא דלא נתנה רק ע"ד שתנשא דחזקה לא שבקה לנפשה בלא כלום הרי דאינה מתנה מלוטה בלא שום תנאי לכן אמרינן נמי דלא נתנה נמי אם תתאלמן או תתגרש כיון דגם על זה יש אומדנא קלת ומה דאמר בב"ב דהתם גליא דעתה משום דרב זוטרא המקבל לא הכחישה דגליא דעתה דמשום אנסותי בעי להבריח משא"כ הכא בכתובות דאין המקבל מודה ומפרש"י שהודיעה לעדים דאם המקבל מודה א"צ עדים וכיון דאינו מודה רק יש עדים והוי תרי ותרי והמקבל מוחזק אכן מהימנינן לע"ח אם הוי רק במקצת נכסיה ולרב ענן ורבא גם במתנה בכולה כיון דתטול כתובתה.

ס"ט בלא דמים בטור יש מן הגאונים שכתבו שהבעל צריך ליתן דמים ללוקח כמו הכיר בה שאינו שלו ולקחה שיש לו דמים ותמהו הא הכיר בשדה שהוא גזולה אין לו דמים מנגזל רק מגזלן ופירש הב"ח שאעפ"י שהלוקח יודע ומכיר שקרקע זו נכסי אשת פלוני הוא ושאם תמות בחיי בעלה יורשה אפ"ה צריך הבעל להחזיר הדמים ללוקח דכי היכי דבעלמא בלוקח חפץ מראובן והכיר בה שהיא של שמעון אם א"י שנגנבה היא וגם אינו גנב מפורסם צריך שמעון להחזיר דמים ללוקח דשמא מכרו לראובן מדעת שמעון ה"נ איכא למימר דהאשה מכרה מדעת בעלה וצריך להחזיר הדמים ללוקח וכתב הבית מאיר דזה תמוה דאי לית עדים שנגנב ממנו אפילו גוף הגנבה א"צ להחזיר ומו כתב הב"ח ה"נ הכא אפשר שהאשה מכרה מדעת בעלה וצריך להחזיר הדמים וזה אינו דכמו שמוציא הקרקע בחזקה דשלא"מ נעשה כן פטור מהדמים בחזקה זו עכ"ל ולדידי קשה עוד על הגאונים מס"פ י"נ דאמר במקום פסידא דלקוחות לא שוייה רבנן לבעל לוקח אלא יורש ופריך מתקנת אושא דאם מכרה כ"מ הבעל מוציא מהלקוחות ומשני משום דלקוחות אפסדו אנפשייהו דלא ה"ל למזבן מאשה שיושבת תחת בעלה ואם איתא דבעל צריך להחזיר הדמים ליכא פסידא ללקוחות והוי כמו מתנה שכתבו תוספת שם דלא חשיב פסידא למקבל וא"כ מצאתי באס"ז פרק נערה שנתפתתה דף כ"ין שהרמ"ה הביא תמוה זו דא"צ להחזיר הדמים וגם לפירש הבית מאיר דק"ל לגאונים דבעלה חייב לשלם הלואת אשתו ג"כ קשה מספי"נ אבל לפירש הב"ח י"ל דהקושיא והתירוץ דספי"נ מיירי בידוע שמכרה שלא"מ בעלה וגם הלוקח ידע ולכן איהו דאפסיד אנפשיה וגם דמים אין לו אבל כשא"י ללוקח יש לחוש לפסידא דליה אבל גוף הקרקע צריך להחזיר כיון דמחזירין לו דמים תו לית לו פסידא כולא האי והבעל יש לו פסידא כל הקרקע שהיה יורש א"ל מכרה ועכ"פ כשניהם שוים ועשו לבעל לוקח ראשון דאל"ה לא הועילו חכמים בתקנת אושא דלעולם תערים ותבריח כ"מ מבעלה ואנחנו לא נדע אם עשתה שלא"מ בעלה אבל כיון שא"צ הבעל רק להחזיר הדמים כבר הועילו תק"א במקצת דלא תמצא לוקח כיון דאין לו הקרקע ומה גם לדעת המפרשים דא"צ הבעל להחזיר הדמים רק כשתמות בחייו למה זה ללוקח ליקח הקרקע בשוויו ולא בטוה"נ ויתתן הדמים וראיית הגאונים מהכיר בה היינו בקנה חפץ מטלטלין דעשו בו תק"ה להחזיר הדמים וס"ל להגאונים אף דהכיר הלוקח שאינו של המוכר מ"מ עשו תק"ה דשמא לא ידע הלוקח דגנוב הוא כיון שאינו גנב מפורסם ושמא הכי הוא דאחזוקי אינשי בגנבי או לוקח מגנבי לא מחזקינן ולכן מספק עשו תקנת השוק לענין הדמים שלא יפסוד לוקח ויירא ליקח מטלטלין בשוק אבל גוף החפץ דלית בו משום תק"ה העמידו בחזקת בעליו וה"נ אף דבקרקע ליכא משום תק"ה כדאיתא בחו"מ סי' שע"ח מ"מ כמו בתק"ה צריך להחזיר הדמים משום ספק ה"נ כאן כיון דמדינא הקרקע של לוקח רק מתקנה אינו של לוקח העמידו

העמידו על ד"ת לענין הדמים דהוי כספק בתקנה.

ולפ"ז לא יקשה על הגאונים קושית הרא"ש שבאה"ז שם ומפרק החובל דף פ"ט דאמר ראיה לתק"א דתניא מעידין אנו באיש פלוני שגירש את אשתו ונתן לה כתובתה וכמלאו זוממין משלמין לה כמה ראויה ליטול בכתובתה שתמכור בטוה"נ ואי ליתא לתק"א הרי ראויה למכור בכתובתה לגמרי כיון דאז אינו יורשה ואם איתא דבעל צריך להחזיר הדמים גם לתק"א עדיין תקשו גם לתק"א דהא אשתכח דכולהו דמי רלו הע"ז להפסיד להס"ד דש"ם דכתובה וכ"מ שוין בתק"א עיי"ש ולפימ"ש א"ש כיון דמה דצריך להחזיר הדמים הוא דשמא מכרה מדעת בעלה וא"כ אם יכולה למכור שלא מדעת בעלה אינו רק גזל הדמים בידה שתקח המעות לעצמה והבעל יוכרח לשלם והטעתו ללוקח ואין עדים זוממין חייבים לשלם לה מה שהיתה יכולה ליקח ממון באיסור ולא אפסידו לה כלום ואם באמת תמכור ומדעת בעלה מתנה נותן לה בחנם.

והנה פרש"י בפרק החובל שם דתק"א משום איבה ולכאורה לפ"ז אם יחויב הבעל להחזיר מכיסו הדמים עדיין יהא איבה אך לפימ"ש י"ל כיון דתקנו דהבעל מוליא מיד הלקוחות אף דילטרך להחזיר הדמים הועילו בתקנתן דלא המלא קונים ולא תקנו שיפטר מלהחזיר הדמים דבזה תתחזק התקנה יותר שלא יהא איבה דכיון דשמא מכרה מדעת בעלה חשו לפסידא דלקוחות דלא פשעו כלום ול"ל איכהו דאפסדו אנפשייהו שלא שאלו לבעל כמו בקנו מטלטלין מראובן שאינו גנב מפורסם והלקוחות ידעו שהחפץ של שמעון דעשו תק"ה להחזיר הדמים ולא אמרינן איכהו דאפסדו אנפשייהו דהוי להן לשאול את שמעון כיון דידעו דהחפץ שלו ה"נ בקנו כ"מ ולא ידעו אם מדעת הבעל מוכרת חשו לפסידא דלקוחות ולא תקנו להפסידם הדמים כמלא מודים הגאונים כשידוע דהלוקח ידע שמוכרת שלא"מ בעלה דאין לו דמים דאיהו אפסיד אנפשיה ועיין פירשב"ם ס"פ י"כ שכתב ואלו העדימו להוליאה מידו הלכך יפסידו עכ"ל הרי משום דגם לוקח ידע דמוכרת שלא"מ בעלה אפסיד אנפשיה.

ורבינו אפרים כתב דבעל א"ל להחזיר הדמים וכתב הב"ח בטעמו דבמאי למתנה יהיב כמקדם אחותו וכתב הבית מאיר דגם זה תמוה דהא מסקינן בפ"ק דב"מ דף ע"ו בהכיר בה שהוא גזלה דלא תלינן דלמתנה יהיב והא דמקדם אחותו עכל"ל כמ"ש הרא"ש משום דלאחותו ה"א אמרינן שמא למתנה יהיב את"ד ואישתמיטתיה מ"ש הלח"מ פ"ו מזכיה דהא דפסקינן בב"מ דהמעות פקדון משום דכהית לקרקע ואכיל פירי הרי כשבור דקנה הקרקע ולא נתן הדמים במתנה ומה שהקשה עליו השבו"י ח"ג סי' קפ"א תרלו בשעה"מ פ"ו מזכיה וא"כ הכא דלוקח אינו יורד לקרקע ואינו אוכל הפירות י"ל המעות מתנה ובדברי הלח"מ מתורץ כמו מ"ש בשו"ת הרשב"א ח"ג סי' פ' הובא בב"י חו"מ סי' קמ"ו סעיף למ"ד ובשבו"י שם דכיון דהיה שלו מעיקרא אין ראיה ממה דאכיל פירו.

ויל"ד למה לא אמר הב"ח הטעם די"ל דקנה על ספק שמא תתאלמן או תתגרש ומלאתי בב"מ שכ"כ וכה"ג כתב כה"מ סי' שכ"ו סק"ב וכראה משום דהקונה על ספק קונה בדמים מועטין בטוה"נ וזה קנה בדמי שויה לגמרי וכדפריך בר"פ המוכר פירות ולחזי אי דמי רדיא יהיב אי דמי שחיטה עיי"ש פי' רשב"ם כ"ש הכא דדמי שויה מרובין הרבה ומדמי טוה"נ י"ל הדמים מודעין ועי' תוספת ר"פ המניח.

אמנם אפשר טעמא דר"א דאפילו המעות בעין יורש הבעל כיון דכל לוקח ונותן מעות להוליאה נותן וכמ"ש תוספת בהמפקיד דף מ"ג ורי"ף ורא"ש בפרק הזהב דף מ"ט וכשהוליא אין לה לשלם דהכל של הבעל דפגיעתה רעה כמ"ש בא"ז דף כו"ן ואז נעשה המעות מלוה אצל האשה ואין הבעל חייב לשלם הלואתה וכמ"ש הנמ"י ק"פ י"כ וא"כ הלוקח מתייאש מיד מן המעות ועוד לפימ"ש בהג"א פא"כ דמהילה בטעות מהכי משום דמתייאש וכתבתי לעיל סי' כ"ח דתוספת ופוסקים דלא ס"ל הכי בפא"כ דף ס"ז משום דבטעות חשוב באיסורא בא לידו ולא קני ביאוש והנה אף דלוקח כשבור דקנה הקרקע של האשה מ"מ מהמעות מייאש וכמו דאיתא בפחז"ה דף מ"ד כסי דמגופה מייאש מדמי מי מייאש ה"נ הכא להיפך כהי דמגוף הקרקע מחיר מעיתיו לא מייאש מדמי מייאש והנה בר"פ הגוזל ומאכיל פליגי אם גזל וכתייאש ומת הגזלן אם קנה יורש ביאוש וב"ר וקי"ל התם דלא הוי ב"ר ופירשב"ם בפחז"ה דף מ"ד משום דבירא כרעא דאבוה וכברבות גזלן מורישן דמי וכ"כ הסמ"ע בסי' שס"א סק"ח ונהי דכל יורשים מחמת קורבה דינא הכי כיון דמחמת קורבה יורשים אבל בעל יורש כתבו התוספת בפרק המולך דף ל"ח בד"ה וב"ה דאפילו למאן דאמר ירושת הבעל מדאורייתא לאו מכח קורבה יורש לכן הנכסים בחזקת יורשי האשה עפי עיי"ש וא"כ י"ל דכ"ע מודו דאשה שגזלה ומתה דבעל יורשה דקנה הבעל ביאוש וש"ר ואף דבחייה אין אוכל הלוקח פירות מ"מ כשבור לכשתמות אפילו בחיי בעלה תהא קנויה לו קרקע שלה ומתייאש מהדמים דכראה אם היכף אחר המתירה כשרואה לוקח דבעל אוכל הפירות וטוען הלוקח דמקח טעות הוא דהיה סבור דהמקח הלוט לו מיד ולכן נתן דמי שוי הרבה ולא לפי ערך טוה"נ כקונה על הספק דטענתו טענה דהדמים מודיעין וכמ"ש לעיל בשם רשב"ם ר"פ המוכר פירות.

וב"ב בא"ז שם ובנמ"י שם ובטחו"מ ק"ס רל"ב ובסמ"ע סק"ק אם אין הלשון מכחישו כמו למד ובקר הדמים מודיעין אפילו להוליא מהמוחזק ועכל"ל דמ"ם הפוסקים דס"ל דבעל לריך להחזיר הדמים כשמתה בחייו ולא תיכף כגון שלוקח אינו תובע המעות או האשה אינה רולה להחזיר או שהוליאה המעות דהבעל א"ל לשלם בעבורה כמ"ש תוספת בפרק המקבל דף ק"ד ובחו"מ סי' ל"ז וא"כ מתייאש הלוקח מהדמים דאם תתאלמן או תתגרש יטול המקח ולא הדמים ואם תמות בחיי בעלה בין אם כסבור דיקח המקח מתייאש מהדמים בין כודע לו מ"מ כיון דלהוליאה כתן והבעל א"ל להחזיר משלו מתייאש לכן ס"ל לרבינו אפרים דאפילו מתה ונשאר הממון בעין קנה הבעל ביאוש וש"ר ול"ע כי לא מלאתי לזה שום גילוי ובפי"כ דף קי"ג אמר ולא תשוב נחלה ממטה למטה אחר היינו בעל דבן לאו אחר הוא ופי' רשב"ם דבכה שיורשה אינו אחר לגבי אמו דיורש כרעא דאמיה הוא ובשו"ת הרא"ש כ"פ סי' ה' כתב אהא דב"מ דף ל"ה בעל בנכסי אשתו לוקח ולא מיהדר אבל אי הוה יורש מהדר דיורש כרעא דאבוה ומהדר כדחזינן גבי בעל בנכסי אשתו עיי"ש משמע דבעל אי הוה יורש אמרינן נמי כרעא דאשתו אך לשיטת תוס' וש"פ בב"מ שם אינו מוכרח דהם ס"ל גם בן לא מהדר וגם אין מוכרח אפילו לשיטת הרא"ש משום דכרעא

דאבוה

דאבוה אלא משום דממילא יורש עיי״ש וכן משמע לפימ״ש כה״מ סי׳ ק״ג ס״י דרשות יורש לא״ה כשינוי רשות משום דבלא ברעא דאבוה חשיב באיסורא אתי לידו.

סע״י בהג״ה לוותה בעת חליה ז״ל המרדכי ס״פ הזהב ראובן טען על שמעון אשתך בשעת פטירתה ציוותה לך ליתן לי ממלבושיה כו״כ לאחר מותה וכתרלית לה והשיב מהר״ם דאם ראובן עני מחויב לקיים דברו משום נדר דכתיב ככל היוצא מפיו יעשה וכתב הטו״ז דמיירי דאמר הן והקשה הא״ב״מ הא מחמת נדרה אין היורשים מחויבים ואם תלד הבעל דאמר הן הא אינו מקדים דבלב״ל עד שיאמר אמן והכא לא אמר רק הן על דבריה ועוד הא נדרה היה לתת והוי כאומר תתנו לצדקה ועל זה אמר הן והוי כאלו אמר ג״כ אותו הלשון לתת דהוי כתתנו את״ד ולי נראה כיון דלוותה לו ליתן דהיינו היא בעצמו יתן והוא אמר הן הייתנו שיתן הוי כאומר אתן להדיא ולכל הפחות הוי יד לצדקה ואף דהוי בעיא בפ״ק דנדרים הא אמר שם את״ל יש יד לצדקה ופסקו הגאונים כאת״ל ובלא״ה אפילו בספק לצדקה פסקו רמב״ן ורשב״א שם לחומרא וכ״פ ביו״ד סי׳ רכ״ח ואפשר משום הכי האריך מהר״ם דכתיב ככל היוצא מפיו יעשה אלא משום דבפ״ק דנדרים דף ג׳ ע״ב יליף ידות נדרים מככל היוצא מפיו יעשה ועיין ביו״ד סי׳ רל״ו ס״ב ורל״ז ס״ב דמשביעו או מדירו לחברו ואמר הן כאלו נדר או נשבע בעצמו ונראה דהא״ב״מ הקשה על לשון רמ״א דלוותה לתת וקיצר מלשון תשובת מהר״ם שבמרדכי שם דלוותה לבעלה לתת לאחר מותה דכיון דלוותה לבעלה ליתן ואמר הן הוי כאומר אתן ול״ל דס״ל לרמ״א דגם לוותה לתת ודאי כוונתה מי שבידו ליתן דהיינו הבעל וכיון שאמר הבעל הן קיבל עליו שהוא יתן ועכ״פ לו יהא ספק בלשון מי יתן הא קי״ל סתם להחמיר כדאיתא ביו״ד סי׳ ר״ח.

ובהגהות הא״ב״מ תירץ דממ״כ אם בעל רק יורש והוי לגביה דבלב״ל א״כ הגוף שלה ובידה להקדיש ואמירה לגבוה וקנו הגוף מיד ול״ד לנא דחו״מ סי׳ ר״ב דאין היורש מחויב לקיים נדר המורים דזה דוקא בדשלב״ל דלא שייך לומר דזכו בו העניים מיד ואי בעל לוקח זכו בו העניים מלד הבעל בנתינה את״ד ואינו נכון לע״ד דהא מבואר במרדכי דלוותה ליתן אחר מותה וא״כ ל״ל דזכו בו העניים מיד ואחר מותה אין המלבוש שלה ואפילו בתם מלוה מחוית מיתה היינו לאחר מיתה ואינו הל מיד כדאיתא בחו״מ ר״ס רכ״ב וגם אין זה כשיטת הקלו״ח בסי׳ ר״כ סק״ו ובלא״ה הל״ל דאם הגוף שלה דברי הב״מ במלוה ומ״מ ככות״ק דמיא אפי׳ במתנה במקלת כדאיתא בחו״מ סי׳ ר״נ ס״ז.

גם מ״ב אי בעל לוקח זכו בו העניים מלד הבעל ג״כ אין מועיל לתרץ קושית הא״ב״מ דכהי דלוקח הוי מ״מ אין בגדי אשתו ברשותו ואפילו בדיעבד אם משכנם או מכרם לא מהני כמ״ש מרדכי ס״פ האומנין וב״ש לקמן סק״ו סק״ק כ״ב ואין חילוק בין דשלב״ל לדבר שאינו ברשותו עכשיו כמ״ש בש״ך חו״מ סי׳ ר״ב סק״ב וכ״מ בין דידי לדברי ההג״ה דלדידי אפי׳ לוותה לתת מפירות דקל שיהיו אח״ז והבעל אמר הן מחויב ליתן וכ״ש אם נפירש לוותה לבעלה ליתן ואמר הן.

סי״א ולא ידע בהם הבעל לכתחלה לא תמכור כתב הא״ב״מ דהר״ן כתב הטעם משום דבעל יורש גם בנכסים שאי׳ איכא רשאי לכתחלה למכור להפקיד ירושתו ואיכא למידק בהא דב״ק דפ״ח דהוכיח ממשנה דריש מכות דאיתא לתק״ח מדתנן מעידין בפלוני שגירש אשתו ונתן כתובתה וכמלאו זוממין אין משלמין לה רק עוה״כ דאם מתה יורשה בעלה ואס״ד ליתא לתק״ח הא יכולה למכור כתובתה לגמרי והא אפילו ליתא לתק״ח לכתחלה איכא רשאה למכור ובתוספת פ״ק דחולין דף ד׳ כתבו דלפיכך האוכל תרומת חמץ בפסח פטור משום דלכתחלה אסור למכור אין לו דמים את״ד הא״ב״מ וכ״ל עפ״י מ״ש מגדול עוז פכ״א מהלכות עדות דע״ז חייבין אפילו זוממו רק להפסידו מה שהיה זוכה אם הפס אף דעדיין לא תפס דעל המחשבה חייבם תורה עיי״ש ה״נ בשלמא האוכל תרומת חמץ דאין לחייבו רק על ההיזק שעשה וכיון דאסור למכור לא הזיק באכילתו אבל ע״ז דזממו להפסידה שלא תועיל מכירתה דיעבד חייבין.

ועוד בשלמא איסור הנאה אסור מדאורייתא למכור דהמכירה חשוב הנאה כמ״ש תוספת בע״ז ר״פ השוכר את הפועל משא״כ הכא דלכתחלה לא תמכור קיל אפילו משאר איסור דרבנן דהא בפרק האשה שנפלו דף פ״א איתא דכיון דאמרו רבנן דלא לזבן אי זבין לאו זביניה זביני ופריך הא במשנה דר״פ האשה שנפלו אמרו רבנן דלא ליזבן לכתחלה ומ״מ אם מכרה ונתנה קיים ומ״מ קי״ל התם כיון דאמרו רבנן דלא ליזבן לאו זביניה זביניה וע״כ הא דלא תמכור לכתחלה קיל משאר איסור דרבנן ונראה הטעם כיון דמתכוונת רק לטובתה וכמו ביורש מוחל לעצמו דמותר לכתחלה כמבואר בש״ך חו״מ סי׳ ק״ו ס״ק פ״ב וכ״ש הכא דאינה מתכוונת להזיק ולא הוי פסיק רישא דשמא ימות הבעל תחלה או יגרשה ובלא״ה לא יורשה ועכ״פ מבואר דהא דלכתחלה לא תמכור רק מדרבנן כדאמר אמרו רבנן ואיתא בגליון תוספת פרק כירה דף מ״ג אהא דבעל מוכן אלל בבת הואיל אם עבר ותקנו מתוקן דזה דוקא אם רק מדרבנן אסור אבל אם מדאורייתא אסור לכתחלה לא הוי ראוי ה״נ יש חילוק לענין אי הוה בר דמים.

אמנם בא״ב״ס הקשה עוד ממל״מ פ״ז מהלכות מלוה שכתב אהא דתנן בפ״ק דמכות מעידין אנו בפלוני שחייב לחברו אלף זוז מכאן ועד שלשים יום לפרוע והלוה אומר מכאן ועד עשר שנים ונמצאו זוממין אומדין כמה אדם רוצה ליתן ויהא בידו אלף זוז עשר שנים דמוקי לה הר״א מטוך בשכירות דאין בו איסור רבית והקשו עליו ממשנה דתנן לא יאמר לו ככם עמי היום ואעדור עמך למחר וכתב הג״ת דאיכה אפילו א״ר רק לענין הרחקה והקשה המל״מ דמ״מ אמאי משלמי ע״ז דאפשר הלוה לא היה רוצה ליתן ריוח כלל משום איסור הרחקה וא״כ ה״נ לכתחלה לא תמכור עיי״ש.

ונראה לפימ״ש המל״מ בפ״ו מהלכות זכיה סוף ה״א דהא דלכתחלה לא תמכור לא דהאשה אסורה למכור דלהכאתה ודאי מותרת אלא כשבא הלוקח להמלך בב״ד אומרים לו שלא יקח כיון דאינו כוטל בחנם למה יגרום הפסד לבעל וכ״כ התוי״ט בפרק האשה שנפלו וכיון דהיא מותרת למכור ודאי זממו העדים להפסידה דכמה לוקחין תמלא שלא אכפת להו בהא דחכמים אומרים שלא יקח דהרי תוספת בפרק כל הנשבעין דף מ״ו ע״ב כתבו אע״ג דאחזוקי איכשי בגנבי לא מחזיקינן היינו כשדכין על אים זה אבל כמה גנבי איכא וכ״כ הרא״ש ובהה״מ פ״א

מה״א

מה"א ה"ד כתב דאיסורא דרבנן כולהו איכא לא זהירי בו והאב"מ שהעתיק מלשון הר"ן שאינה רשאה למכור לא העתיק יפה שלא נמלא לשון זה בר"ן רק לא תמכור כלשון המשנה וכמו שהוכיח המל"מ דהאשה מותרת מדתנן לא תמכור ואם מכרה ונתנה קיים ולא תנן כמי לא תמכור ולא תתן אע"כ דרק הלוקח לא יקח במעות כיון דאינו נוטל בחנם למה יפסיד להבעל והא דתנן לא תמכור היינו כפי' רש"י דאם בא לוקח להמלך בב"ד אומרים לו שלא יקח ממילא לא תמכור וה"כ יפורש דברי הר"ן ולכאורה יש להקשות על תוי"ט ומל"מ דא"כ מה פריך בפרק אשה שנפלו דף פ"א ע"ב אהא דאמר רב יוסף דיבם שמכר מנכסי אחיו המת לא מהני מכירתו כיון דאמור רבנן דלא ימכור מדתנן בר"פ האשה שנפלו דלא תמכור ואם מכרה ונתנה קיים דבשלמא יבם דהמוכר נמי אסור למכור לכן ל"מ מכירתו משא"כ כאן דהאשה מותרת למכור ולא עברה אדרבנן רק לוקח אין לו ליקח לא רלו חכמים לבעל תמכר להפסידה כיון דהיא לא עבדה שום איסור וי"ל דמה"ט קי"ל כרב יוסף ולא חיישינן להך פרכא בתמת וכאמוראי דהתם דס"ל כרב יוסף ולא חשו להך פרכא דאביי.

ובירושלמי ר"פ האשה שנפלו תני ר"ח לא תמכור ולא תתן ואם מכרה ונתנה קיים הביאו האב"מ לסתור דברי המל"מ דהרי מבואר דגם ליתן אסור לכתחלה ואינו סתירה כיון דבבלי הניחו המשנה ככתבה ולא הביאו דברי ר"ח ש"מ דלא ס"ל וכה"ג כתב אור זרוע הגדול בהלכות תפילין ס"ס תקכ"ו.

עו"ב האב"מ ז"ל ורלאיתי בספר בית מאיר שהקשה בהא דאמרו פרק החובל דפ"ע תקנתא לתק"א האשה פגיעתה רעה ואס"ד ליתא לתק"א תזבן לכ"מ ותיתב ליה הא אפילו קודם תק"א לכתחלה לא תמכור ובחו"מ סי' רמ"ח באומר נכסי לך ואחריך לפלוני דאם מכר ראשון אין לשני אין בע"ח גובה מאותה מתנה וכתב הה"מ שאין לב"ד להגבות כיון דאסור למכור לכתחלה ולפימ"ש רש"י לא תמכור דאם בא לוקח לב"ד להמלך אומרים לו שלא יקנה שפיר פריך ותזבין כ"מ ותיתב ליה לנחבל והיינו שהרי הנחבל גופיה יכול לקנות הנכסים ולא מלינו למימר ליה שלא יקנה כיון דאין לו להפרע ממק"א והוי כמקבל מתנה וכיון דהנחבל יכול לקנות במקום הנחבל אלא דלפימ"ש דבגופה האיסור גם על האשה שלא תמכור לכתחלה הק"ל את"ד וכבר כתבתי דאין ראיה מהירושלמי ועוד אפ"ת דלא תמכור ולא תתן דגם במתנה אסור דמקבל מתנה אין לו פסידא רק מניעת ריוח והאשה אף דיש לה פסידא אם לא תמכור מ"מ כיון דאדעתא דרבנן נתקדשה ונשאת והם אמרו דבעלה יורשה הכניסה עצמה לזה משא"כ נחבל דיש לו פסידא ולא הכניס עצמו.

סי"ג וי"א עב"ש ס"ק מ"ו דאם מכרה מהיום י"ל דבטל לגמרי ובכי אהובה פכ"ב מה"א נתקשה דממ"כ אם א"י למכור מהיום ה"נ כשמכרה בטוה"נ על לאח"מ בעלה וכ"ל דאם מכרה מהיום וזה לא מועיל ודאי יכול לוקח לבטל דע"ד כן לא קנה להמתין עד שתתאלמן לכן גם האשה יכולה לבטל דלא נגמר המקח כבחו"מ סי' רכ"ז ס"ד בהג"ה ודעת המחבר כאן דמכרה בטל ובסי' רכ"ז שם ס"ל דאין המאנה יכול לחזור ל"ל כמ"ש באס"ז ב"ק דף פ"ע דכ"ע יודעין דאין מכירת אשה בחיי בעלה כלום וא"כ נהי דיכול לחזור כיון דבפירש קנה מהיום וכלוקח גזל והכיר בו מ"מ ל"ל אי לאו דאוניתכו היה המקח קיים ואין חוטא נשכר דלא חטאה יותר מהלוקח דידע ג"כ.

סי"ד ואם מכרן או משכנם מה שעשה עשוי בית יעקב הקשה אדין דהכא ואדין דיו"ד הלכות עבדים דעבדי ל"ב יולאין בשן ועין לאים דהא בר"פ אלמנה לכה"ג רלה הש"ס לדמות ל"ב לשוכר פרה דלא יאכילנה תרומה ומסיק דשאני שוכר דאינו חייב באונסא וזולא וכתב בח"כ שם דתלוי רק בזולא דהא שואל חייב באונסין ואינו מאכילה ובתוספת שם ד"ה עבדי ל"ב כתבו דתרומה ושן ועין ענין אחד וא"כ כהי דמסקינן שם דעבדו ל"ב יולאין בשן ועין לאים היינו ל"ב לדין הש"ס דבעל חייב בזולא ונבא"כ לפי מנהג שלנו המבואר בסי' פ"ח ס"ב דאין אחריות זולא על הבעל אם לא כלו אונסין ודוקא כשכלו לגמרי ממילא דמי רק לשואל ולא נפקב בשן ועין וכן קשה במטלטלין כיון דבלאו אחריות זולא דמי רק לשואל וממילא אין מכירתן מכירה את"ד וכ"ל דהנה אם אין עושין מעין מלאכתן חייב הבעל לבלם כפי מה שנישום בשעה שהכניסה לו אף דאח"כ הזלו כדאיתא לעיל סי' פ"ח דהמנהג לפוטרו מזולא רק אם עושין מעין מלאכתן הראשונה אבל אם אין עושין נשאר אדינא דגמרא והנה אם יחול השחרור של בעל מחמת השן ועין הוי ככלו לגמרי דהו לא נשאר לה כלום וכן אם יועיל מכירת הבעל או מה שמשכן דאם לא יפדה נשאר ביד מלוה לגמרי או ימכרם והנה כתב בח"ר פרק הכיזקין דף כ"ה וז"ל ואי קשיא לך אי יחוש כדי לא קני היכי מלי מקדיש ליה י"ל כיון דשינוי השם א"כ ש"ר קני הקדשו וקנייכו באין כאחד עכ"ל וא"כ ה"נ דאם ישתחרר העבד או יועיל המכירה נתחייב הבעל באחריות זולא למפרע מבעה שהכניסה לו הל"ב א"כ השחרור וקנין הבעל באין כאחד וכן כשמכר או משכן ול"ד לשואל דאפילו נאחר שכלה לגמרי אינו חייב רק כפי מה ששוה בשעה שנאנס ואפילו אחר שנאנס הכבלה של משאיל ואם הוזלה הכבלה האחריות על המשאיל דלעולם אין על השואל דין לוקח למפרע.

בהג"ה ואין לאשה כח למחות בו תמהו כל האחרונים דמבואר בחו"מ סי' ק"א ס"ג דאפילו קרקע המשועבד תו"ז ורולה למוכרן לעכו"ם ובא מלוה למחות א"י למחות וכ"ל כיון שכתב רמ"א שם מיהו המוכר לא טוב עושה שמזיק שיעבודו של חברו א"כ כהי דאין הב"ד יכולין למחות ולמכור מ"מ המלוה אם יכול לסגור הדלת ע"י איזה עלדקי שיכול להליל עלמו שלא יתקלקל בעבודו וכעין שכתב מהרי"ק בסרם קל"א הובא ברמ"א חו"מ סי' קכ"ו ס"ז דאפילו למ"ד דאין בני עיר יכולין למחות באחרים הבאים לדור בעירם מ"מ רשאים לסגור הדלת ולגרום עם המושלים שימחו בבאים לגור או ע"י מוכע אחר וס"ל לתה"ד ולרמ"א כאן דדוקא בקרקע דשיעבוד המלוה עליו וכשמוכרו מזיק שעבודו יכול המלוה או האשה למחות אבל במטלטלי דאין קנינת האשה והמלוה עליהם ואין עליהם שיעבוד ל"ח מזיק שעבודו אינה רשאי למחות לכן דייק הרמ"א ואין לאשה כח למחות אבל הב"ד גם בקרקע אין מוחין.

והב"ש כתב אפילו אם כותבין בכתובה מטלטלי אג"ק אין לאשה כח למחות אף דאם מכרן הבעל א"י לטרוף מלוקח מתקנת השוק ונראה כיון דמשום תקנת השוק אין טורפין אין שום שיעבוד על המטלטלין

המטלטלין טרם גבייתה וכאלו לא נכתב כלל ול"ה מזיק שעבודה כלל.

ובספר בני אהובה פכ"ב מה"א כתב כיון דיכול הלוה לפדותו ואין לבעלה רק שיעבוד א"א למכרו רק בכומ"ש והוי קנין שטרות דלית בהו תקה"ש כדאיתא בחו"מ סי' סמ"ך ולי נראה כיון דאם מכרו תו א"י הלוה לפדותו כדאיתא בתה"ד בסי' של"ט בהאי עובדא וא"כ כשמוכרו נעשה של מוכר לגמרי ממילא א"ל כומ"ש רק סגי בקנין קרקע כמ"ש בח"ר פרק הנזקין דף כ"ה דהקדשו וקיינו באין כאחד דע"י ההקדש נעשה שינוי השם וש"ר וע"י שינוי השם וש"ר חל ההקדש ה"נ ע"י המכירה יצא משעבוד חוב ושם מטלטלין ונעשה קניינו של מוכר ושם קרקע לכן חל בו קנין קרקע וא"ל כומ"ש ומ"מ כיון דמקודם היה הלוה יכול לפדותו והוי כמטלטלין ולא הוה משועבד להאשה א"י למחות מלמוכרו וגם שייך בו תקה"ש לפ"ד הב"ש. ועוד דהטעם בשטרות ליכא תקה"ש כתב בשו"ת הרא"ב כע"ט ס"ד דמלתא דלא שכיח הוא ועוד דלא יצא החוב מרשותו לגמרי כיון דיכול למחול עיי"ש אבל כאן דאלל הלוקח נחלט הקרקע ואינו חוב וא"ל לתבוע הלוה והמלוה א"י למחול דכבר אינו חוב א"כ שכיח לקנות כמו שאר חפץ אאת"ל דלריך כומ"ש ואפשר גם בני אהובה מודה בזה אלא דלא ראה בתה"ד גופא דמיירי דהיה דינא דמלכותא דא"י לפדות אחרי נמכר והד"מ ורמ"א וב"ש סתמו ולא הביאו זה.

אבל אם החזיק בה ואין הכותי יכול לפדותה כתב החמ"ח בתה"ד ס"ס וכו' ומהתימא על הרב שהשמיט זה ונראה דבשלמא בנידון התה"ד שאם מכרה המלוה תו א"י הגוי לפדותה שפיר ראייתו משומא הדרא ומ"מ משועבד לבע"ח ולכתובה דה"נ אם מכרה תו א"י לפדותה כמו בשומא דאם זקנה לא הדרא כדאיתא בב"מ דף ל"ה ואף דעדיין לא מכרה ויכול לפדותה מ"מ כמו דאמרת הואיל ויכול לפדותה כשיזדמן לו מעות ה"נ זה יכול למוכרה אם יזדמן קונה לכן אם העמיד בה פועלים ידו עדיפא מהכותי דאינה בחזקתו אבל רמ"א דלא כתב דאם מכרה אין יכול לפדותה א"כ יד הכותי עדיף דלעולם יכול לפדותה ואין ראיה משומא דלא הדרא אם מכרה המלוה אך התימא על רמ"א שלא הביא כל מ"ש התה"ד באם א"י לפדותה כשמכרה אזי מועיל הכנים בה פועלים אפילו יכול לפדותה מיד המלוה וזה היה רבותא אבל מ"ש רמ"א וא"י לפדותה פשיטא ונראה מדפתח רמ"א יש רשות לעכו"ם לפדותה ולבסוף כתב ואין העכו"ם יכול לפדותה כונתו עכשיו דנמי יש לו רשות לפדותו אלא דמחמת עניו אינו יכול לפדותו והבעל החזיק בו ומשתמש בו אזי משועבד לכתובה וטובא קמ"ל דלא אמרינן הואיל אם מחוסר ממון והניח לישראל להחזיק בה ולמד זה הרמ"א מתה"ד דהביא ראיה מיתומים שגבן קרקע בחובת אביהם ב"ח חוזר וגובה מהם דמשמע מיד באותו יום דעדיין לא נתייקרה ולא הושבחה והרי קי"ל שומא הדרא אע"כ כיון שהחזיקו בה חל עליה שעבוד ב"ח למפרע וחשוב קרקע של אביהם וזה מיירי דאין ללוה מעות דאל"כ לריך לפרוע במעות ולא יוכל לדחות לקרקע כדאיתא בחו"מ סי' ק"א ועוד אין אדם רגיל ליתן קרקע בחובו כמ"ש תוספת בפרק איזהו נשך דף ס"ו ע"ב וא"כ ליכא ראיה רק אם אין ללוה מעות ואינו יכול לפדותו דאזי מחוסר ממון לא אמרינן הואיל ואי בעי לפדותו וחשב אכלו כמו בפרק א"ע דף מ"ו דקי"ל הואיל ואי בעי מתביל עלה חשוב כשלו דהתם אין לריך רק להמלך ולמתשל ומשא"כ מחוסר ממון גרע וכמ"ש הבית מאיר לקמן סי' קכ"ג ס"ב וכ"ש אם ידענו דמחוסר ממון ואין לומר אדרבה אם יכול לפדותה ואינו פודה הרי דעתו לשקועיה ואז חשוב כשל ישראל גם במשכון כדאיתא בע"ז דף ע"ה ע"ב וביו"ד סי' ק"כ ס"ע חלא דזה לא חשוב כשלו רק לענין טבילת כלים כמ"ש מג"א ס"ס תמ"א ועוד אין ראיה מדאינו פודהו דסתם עכו"ם אנס כדאיתא בפסחים דף כ"ד ע"ב ואפשר חושב דבניקל יגזול הקרקע שהיה שלו מהמעות אם יתן לו דיכול להטמינן ולהכי אף דהיה לו מעות לא רלה לשלם והולרך המלוה לגבות קרקע ועמג"א סי' תמ"א סק"ג בשם הר"ן דמחוסר ממון לא אמרינן הואיל ויכול לפדותה.

אך ל"ע מה יתן ומה יוסיף מה שהכניס פועלים לבנות ולנטוע או דיורים בבתים כיון דסוף סוף יכול הלוה לפדותה לפי דד"מ או לפי דין שומא הדרא והלא בלא"ה כבר קנה המלוה אאת"ל דלריך קנין ולא קנהו ע"י פסק הב"ד או שופטים הא סגי בחזקה כל דהו ועוד דבכנה"ג סי' שד"מ כתב דא"ל שום קנין בשעת גוביינא ואפשר דבזה יש סמיכת דעת יותר למלוה שישאר שלו גם אזיגן דסמכא דעתיה ויותר י"ל כמ"ש לעיל כיון דכנגד זכות הלוה דיכול לפדותה יש נמי למלוה דיכול למוכרה לחלוטין לכן כשירד בה המלוה ומשתמש בה ידו עדיפא מיד הלוה כיון דמוחזק בה וירד ברשות והלוה חשוב מוליא וכעין שכתב בשו"ת הרשב"א סי' תתקע"ב לענין תרי ותרי דלוקח שירד בשדה ברשות והוא עתה בידו אמרינן קרקע בחזקת לוקח הוא ולא אמרינן דהוא בחזקת מרא קמא עיי"ש וכיון דמלוה חשוב מוחזק תו לא אמרינן ע"י הואיל דמלי לסלוקיה בזוזי כאלו לא יצא עדיין מרשות לוה דכשיפדהו הוי כקונה מן המלוה וכה"ג כתבו תוספת בפא"ע דף מ"ו ע"ב בד"ה הואיל אהא דאתה רואה של גבוה דלא אמרינן הואיל אי בעי פריק דא"כ היה קונה אותו ומ"מ ס"ל לרמ"א דזה דוקא אם אין הגוי בר יכולת לפדותה אבל אם יש לו יכולת לפדותה שמא יפדנה כיון דאין רגילות ליתן קרקע בחובו כמ"ש לעיל ועיין כוב"ת חיו"ד סי' ע"ה ובתוספת פרק השולח דף מ"א סד"ה הקדש.

וגם מ"ש דכ"ז שלא נשתמש בה לא שמכ"ד יש לו סמיכה מב"ב דף קמ"ב דאמר דרפויי מרפי בידייהו ולא קנה עיי"ש דה"נ כיון דלוה יכול לפדותה דיש לו ממון ורשות בידו לפדותה רפויי מרפי בידו דמלוה ולא קנה על ספק כיון דקרקע אין רגילות למכור יותר נוטה שיפדנה הגוי אבל כשהמלוה ירד בה והכניס בה פועלים או דיורין אזיגן דסמכ"ד כיון דאין יכולת להלוה לפדותה ולאו רפויי מרפי בידיה ולכן ל"ל הואיל ויכול לפדותה דאזי הוי כקונה ופנים חדשות וכמ"ש ועמ"ש בערך ש"י עיו"ד סי' י"ט.

שמ"ן מטלטלין שנתן לה משלו הקשה החמ"ח הא עדיפי מנ"מ דאין הבעל אוכל פירות ממה שנתן לה ולמה אם מכרן דיעבד מכורין ובנ"מ אין מכורין וז"ל הרמב"ם פרק שלשים ומכירה דין ה' בעל שמכר מטלטלין של נכ"ב או מטלטלין שנתן לה משלו אעפ"י שאינו רשאי אם עבר ומכר או נתן קנו הלקוחות ואין האשה יכולה להוציא מידם עכ"ל ולכאורה שפת יתר אם עבר ומכר וגם מנ"כ אם שלה הן גם דיעבד לא יועיל ואם שלו גם לכתחלה

וא"ל

וא"ל דהוה ספק אם נתן לה על דעת שיוכל לחזור כשיצטרך למוכרן ולכן ומספק א"י להוציא דא"כ כשתפסן הבעל הוא ומוחזק יהא מותר למוכרן לכן נראה עפימ"ש הט"ז בחו"מ סי' שס"א בדעת רמב"ם דסתם גזלה בצירוף שינוי רשות אכן שהדי דהנגזל נתייאש משא"כ לפני הש"ר ליכא יאוש גמור עדיין לכן אם קידש אשה בגזל אינה מקודשת כיון דבשעת קידושין עדיין לא קנאו הגזלן עיי"ש ולפי דבריו נראה דאם מכר הגזלה בק"ש וכדומה דעדיין לא בא לרשות לוקח לא מהני המכירה רק כשבא לרשות לוקח נתחזק היאוש ולפ"ז ה"נ דודאי כיון שנתן לה הרי הוא שלה ואין לו פירות ושייכות בהן וא"כ אם עבר ומכרן הרי גזלן הוא בודאי ולכן א"י להוציא מיד לקוחות ולזה דייק אם עבר ומכר בעברייכות שידע שאינו רשאי למכרן וכמו בפ' תבא לא עברתי ממצותיך ולא שכחתי ופירש הרא"ע לא עברתי במזיד משא"כ בשאר כ"מ דפירות שלו ויש לו שייכות תלינן דטעה דרשות בידו למכרן או כסבור גם האשה תסכים כיון דהפירות שלו תסכים שימכרן וישא ויתן במצות ולכן בדין דרמב"ם שם במטלטלין כ"מ לא כתב עבר ומכרן וסתם דהאשה יכולה לבטל המכירה דלא עבר אלא כסבור דרשאי למוכרן או האשה תסכים.

בעי' ע"ז חוזרת כתב הכ"מ והב"י דוקא כשהיא טוענת כן הוצא. בב"ש ומסתימות הפוסקים לא נראה כן גם יש לתמוה מהא דכתובות דף ל"ה אהא דתנן מי שהיה נשוי ב' נשים ומכר את שדהו וכתבה ראשונה ללוקח דו"ד אין לי עמך השניה מוציאה מהלוקח וראשונה מן השניה ופריך הש"ס והא לשון דו"ד לא מהני ומשני דקנו מידו ופריך ותימא נחת רוח עשיתי לבעלי מי לא תנן לקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה מקחו בטל אלמא יכולה היא שתאמר נ"ר עשיתי לבעלי ולפי דברי הכ"מ לימא דמתניתין באינה טוענת נ"ר עשיתי לבעלי ומצאתי שכן תמהו האחרונים אמנם עדיין יל"ד מה פריך הש"ס לימא דוקא כשטוענת כן.

ונראה דאם בלא טענה אין המקח בטל הרי דלא אמרינן סתמא לא גמרה ומקנה א"כ אפילו טוענת מה יועיל הא הוי דברים שבלב ואין דברים שבלב מבטל קנין ברור כדאיתא בבעה"ת ובטוח"מ סי' קכ"ו ובסמ"ע וש"ך שם ס"ק כ"ד לענין טענת השטאה ושלא להשביע ובנתיבות סי' סוף ק"ט ס"ק י"ט ובסי' פ"ה סק"ג.

ואפשר בזה ליישב פרש"י שם בד"ה מקחו בטל משמע לגמרי ואפילו בחיי הבעל וב"ב מוקמי לה באחת מאותן שלש שדות עכ"ל דמה רצה רש"י בזה ומצאתי בפנ"י עמד על פרש"י בזה.

ולפמ"ש י"ל דהוקשה לרש"י דלימא הא דתנן מקחו בטל דוקא בטוענת כן ול"ל דא"כ דברים שבלב אינן דברים לבטל קנין ברור אך נראה דדוקא אם ע"י דברים שבלב יתבטל כל הקנין לגמרי אבל אם יהא הקנין קיים כל ימי חיי הבעל רק אח"כ תטרוף מן הלוקח אין הקנין בטל ולימא נ"ר עשתה לבעלה שיהא המקח קיים כל ימי חיי הבעל שישבו בשלום וכה"ג כתב המל"מ פ"ג מהלכות זכיה דהא דצריך בתנאי דוקא ת"כ וא"ל כפליה לא אמרינן מכלל הן אתה שומע לאו אלא אם התנאי בא לבטל המעשה לגמרי אבל אם התנאי אינו לבטל המעשה לגמרי רק שלא ימשך לעולם א"צ ת"כ עיי"ש וכיוצא מצינו בהא דלשון מסופק בשטר אימתי יהא הפרעון וכיוצא אמרינן יד בעהש"ט עה"ת אבל אם באנו לבטל השטר לגמרי אמרינן יד בעל השטר על עליונה ומפרשינן הלשון לטובת בעהש"ט כדי שלא לבטלו לגמרי כדאיתא בחו"מ סי' מ"ב ולכן ה"נ אם ה"א מקחו בטל רק אחר מיתת בעלה המ"ל דוקא כשטוענת נ"ר עשיתי לבעלי כיון דלא נתבטל הקנין או השטר לגמרי אבל אם מקחו בטל מיד ל"ל דוקא אם טוענת כן כיון דבלא טענתה אינו בטל ולא ברור לנו לא מהני טענתה דדברים שבלב אינן דברים לבטל לגמרי קנין ברור לזה פרש"י דמקחו בטל לגמרי משמע ואפילו בחיי בעל אלא דהא כל בעל שמכר נכסים המשועבדים ודאי אינו בטל עד שבאת לגבות כתובתה כמ"ש תוס' בב"ב דף מ"ט ע"ב וכה"פ לכן פרש"י דמיירי באחת מאותן שלש שדות.

אמנם י"ל פרש"י בפשיטות יותר דבפחז"ה דף כ"ו איתא דבשאר שדות שאינן מאותן שלש שדות אשר אחד לכתובתה יותר סברא לומר דמשום נ"ר עשתה שלא תהא לה איבה עיי"ש וא"כ מאי פריך הש"ס ודתנן לקח מן האיש והדר מן האשה מקחו בטל ליתא דהתם אינו באותן שלש שדות ומתניתין דכתובות באותן שדות אשר ייחד לכתובתה אינה חוששת לאיבה וא"י"ל משום נ"ר לכן פרש"י דמקחו בטל משמע לגמרי אפילו בחיי בעלה דזה עכצ"ל רק באותן שלש שדות אבל בשאר שדות ודאי אינו בטל בחיי בעלה וכמ"ש תוס' בפחז"ה ובפרש"י בפרק האשה שנפלו דף פ"א ומצאתי בהפלאה שכ"כ ומ"מ מדפרש"י מקחו בטל משמע לגמרי ואפילו בחיי הבעל נראה דשני דברים הם ומשום דלא תקשה מה פריך הש"ס לימא דוקא כשחוזרת וטוענת משום נ"ר לכן פרש"י בטל לגמרי ומשמע דאם דוקא כשחוזרת וטוענת הלי כל זמן שאינה טוענת תלוי המקח ברפיון.

ולתרץ דעת הכ"מ והב"י נראה משום דכ"ז שאינה טוענת בשביל נ"ר עשיתי אין לבטל קנין מספקא וכעין זה כתבו תוס' ברפ"ק דר"ה ובסנהדרין דף ל"ב דאין לפסול שטר מספק וכ"כ בתשובת הרא"ש רס"ח סי"ד דמספיקא תולין להכשיר וה"נ בשאר קנין לכן דוקא בטוענת ברי כיון דבעל ולוקח טוענין שמא י"ל קרקע בחזקת ראשון קיימא ובעה"ת והטור הנ"ל שכתבו דא"כ לטעון משטה במעמ"ש משום דהוה קנין חלא דהמוחזק טוען ג"כ ברי ועוד באמת כתבו דיש עוד טעם דמה לו להשטות במקבל והוא לא השטה בו ומ"ש מהרי"ט בח"ב חחו"מ סי' כ"ו דהא טענינן ללוקח כל מה דמוכר מצי לטעון לק"מ דדוקא אם היה המוכר טוען ברי טענינן ללוקח כאלו טען המוכר לו למיחשב טענת ברי אבל כאן הבעל שמכר ללוקח א"י לטעון ברי וגם נגד הבעל שמכרה לו נמי נאמנת לומר נ"ר עשיתי לך אך כ"ז לענין אם מכרה לבעלה או לוקח שקנה מבעלה והדר קנה מהאשה אבל אם כתבה ללוקח רק דו"ד אין לי עמך דלשון גרוע זה לא מועיל אלא דקנו מידה מתקן הלשון משום דהקנין מוכיח שלא היה זה סלוק גרוע אלא הקנאה גמורה נתכונה להקנות כמ"ש הר"י שבאס"ז בכתובות דף ל"ה וכ"כ מהר"י מיגאש באס"ז פחז"ה דף מ"ג כיון דקנו מידו איגלאי מלתא דלאקנויי ממש קמכוין משום דקנין אלים כחו עיי"ש וא"כ תינח כשאין חששא בהקנין דלא עבדא רק משום נ"ר אבל כשיש חשש ליכא הוכחה מהקנין דלאקנויי ממש קמכונה דהכל

דהכל עשתה רק משום כ״ר לבעלה ואין כונתה כלל לאקנויי ממש ואי אפשר לתקן הלשון גרוע רק בהוכחה ברורה כיון דהלשון משמע להיפך וכן הוא ביו״ד סי׳ ר״ח ובתוס׳ בפרק המדיר דף ע״ן ע״ב בד״ה נעשה וכ״כ הריב״ש סימן קל״ה דמשום הוכחה גדולה הולכין אחר הכונה ולא אחר הלשון עיי״ש ולכן כיון דתחלה פריך הש״ס דלשון דו״ד אינו מועיל ומשני בקנו מידו דר״ל דע״י הוכחה מתקנין מתקנין הלשון להכי פריך והא תנן לקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה מקחו בטל אלמא יכולה לומר כ״ר עשיתי לבעלי כהי דהתם דוקא בטוענת ומ״מ אי לאו דיש חשש דעשתה משום כ״ר גם טענתה לא היה מועיל וכיון דיש חשש מוילא בדו״ד וקנו מידה גם כשאינה טוענת כיון דיש חשש אין לתקן לשונה ובזה מתורץ קושית האס״ז למה לא פריך תחלה מהדתנן לקח מן האיש דהוא משנה והקדים להקשות מברייתא ולפימ״ש א״ש.

הרי״ף ורא״ש בפרק מי שהיה נשוי דף ל״ה כתבו ופריך רב אבי מתניתין דלוקח מוליא מיד הראשונה ולא מליא למימר כ״ר עשיתי לבעלי בשני לקוחות וכו׳ ולכאורה תמוה דהא מריפא דאין הראשונה מוליאה מיד לוקח קשיא תימא כ״ר עשיתי לבעלי וי״ל דמריפא יש לתרץ דטעם דכ״ר לא מועיל להוליא מיד המוחזק כיון דלוקח ירד ברשות המוכר וגם האשה אין לה רק שעבוד שתוכל לטרוף אחר שנתאלמנה ובע״ח מכאן ולהבא גובה חשוב לוקח מוחזק אפילו בקרקע כמ״ש בשו״ת רבב״א סי׳ תתקע״ב דהיכא דירד ברשות חשוב לוקח מוחזק גם בקרקע עיי״ש אבל הא דתנן לקח מן האיש דמיירי באחת משלש שדות דהמכירה בטל מיד אף דהניחה ללוקח לירד ל״ה מוחזק כיון דמחמת אונס דכ״ר עשתה לבעלה לא מיחשב ירד ברשות לכן כתב הרי״ף דרב אשי הוכרח לתירץ אחר משום קיפא דלוקח מוליא מהראשונה אך קשה לזה מב״ב דף כו״ן דהאא דאמר דמשנה דלקח מן האיש לא איירי אלא בשלש שדות ואמר למעוטי מאי איליימא למעוטי שאר שדות כ״ש די״ל כ״ר עשיתי לבעלי והא י״ל בשאר שדות דאין המקח בטל לאלתר רק אחר שנתארמלה חשוב לוקח מוחזק ולא מועיל טעם כ״ר להוליא אע״כ דקי״ל לש״ס אם איתא דטעם זה אינו ברור לא אתי דברים שבלב לבטל קנין ברור אפילו כשאינו בא להוליא וכמ״ש לעיל.

ועב״ל דהרי״ף קמ״ל לדינא דההוכחה ודלא התמה לראשון אהני אפי׳ להוליא מידה כמו בקיפא דלוקח מוליא מראשונה ואף דאינה הוכחה ברורה די״ל דראתה האיבה מהמת דלא חתמה לראשון הדרא בה וחתמה לשני או דאיפתני דעתה וכדק״ל לרי יהודא מ״מ כיון די״ל הכי וי״ל הכי תו דברים שבלב אינן דברים לבטל קנין ברור.

שי״ן וכן אם מכר בב״ק דף כ״ט ובכתובות דף כ״ס איתא לראשון ולא חתמה לו לשני וחתמה לו איבדה כתובתה דר״מ רי״א יכולה היא שתאמר כ״ר עשיתי לבעלי אתם מה לכם עלי ולריך הבנה מה זה שמאריך אתם מה לכם עלי וגם הא לוקח שני יחיד והל״ל מה לך עלי ונראה דעכל״ל דין זה לר״י די״ל כ״ר עשיתי לבעלי וכן לדידן בלוקח אחד דלקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה או כתבה לו דו״ד אין לי עליך וקנו מידה די״ל כ״ר עשיתי לבעלי מיירי שלא רלה ליתן הלוקח דמי המקח עד שכתבה או מכרה דאם כבר נתן דמי המכירה על ידה הבעל דאין המקח בטל מיד אלא לאחר שתתגרש או התאלמן דאין לוקח יכול לחזור מהמקח כל זמן שלא נטרף השדה אינה י״ל כ״ר עשיתי לבעלי דמה אכפת לי לבעל אם לא הכתוב ומה קטטה ואיבה שייך בזה וכ״כ באס״ז בב״ק שם דמיירי דלוקח מתעקש מליתן המעות עד שתחתום לו וא״כ כיון דחזינן להדיא דלא רלה הלוקח ליתן המעות כי ירא שתטרוף ממנו אחר כך עד שחתמה לו והרי עליה סמך וגרמה לו להוליא מעות על פיה והתחייב מדינא דגרמי דאטו משום שלא יהא לה איבה מבעלה מותרת לגרום היזק לאחר דהרי חזיא דלא עלתה על דעת לוקח שתוכל לטעון כ״ר עשיתי לבעלי ולחזור בה דאם היה עולה על דעתו זה לא היה סומך על חתימתה ודבריה ליתן המעות כמו דלא רלה מעיקרא ליתן המעות בלא חתימתה וכ״ש לדעת הכ״מ דכ״ז שלא טוענת בפירוש כ״ר עשיתי לבעלי לא אמרינן מסתמא לבטל חתימתה וכעין זה כתב הומים סי׳ קל״א ס״ה סק״ג.

לכן נ״ל כיון דאין ההיזק ברי מיד דאפשר לא ימות בעלה קודם לה ולא יגרשה לא הוי גרמי רק גרמא וכדאיתא בפוסקים ובחו״מ סי׳ שפ״ו דכל שאין ברי ההיזק מיד אינו גרמי רק גרמא ועיין רמב״ם פ״ו מהלכות זכיה ולעיל סי׳ כו״ן ס״ג ובשער משפט סי׳ בפ״ו ק״א אמנם גרמא כהי דפטור מד״א דב״ד אין להם לחייבו אבל לל״ש חייב כדאיתא בפוסקים סי׳ שפ״ו ובכ״ד וזה שמאריך הש״ס ואתם מה לכם עלי דמדברת עם הב״ד שבאה אללם להגבות לה כתובתה לטרוף מן הלוקח דאין לב״ד עליה אבל לל״ש חייבת מעלמה אם תרלה לל״ש ול״ל דה״פ אתם מה לכם עלי להסית בעלי עלי לגרום לי איבה לכן כדין עשיתי להליל עלמי במוכנס דא״כ הל״ל אתה מה היה לך עלי.

נח״ר בתוס׳ רי״ד פי״כ דף קל״ב ע״ב כתב דוקא כשלא מכר כל נכסיו אבל כשאינו משייר לנפשו כלום אינה י״ל כמ״ר עשיתי לבעלי.

הג״ה וי״א דאם האשה קבלה המעות א״י לומר עוד כ״ר עשיתי לבעלי עיין באס״ז פחז״ה דף מ״ט ע״ב בשם הרשב״א ובאס״ז ב״ק דף כ״ט מפורש דדוקא שקבלה כל שוייה ולא מקלת המעות וזה דלא כשיע״ק דגם בנתן לה קך מועט ולא מלאתי כן בפוסקים ובמפרשי הש״ס וגם רמ״א דייק קבלה המעות ולא כתב מעות משמע דוקא כל המעות וכן כתב הבית מאיר ושלא כדין העתיק הפ״ת דברי השעי״ק לבד.

סימן צ״א

ס״ד בהג״ה קהל שעשו ביניהם תקנות בקנסות ועברה אשה על התקנה בעלה חייב לשלם וכתב החמ״ח כונת רמ״א דעברה קודם שנשאת ואח״כ נשאת בעלה חייב לשלם משום דכל העוברת על התקנה קלא אית ליה והוה כמלוה בשטר והוא דבר הלומד מענייננו עכ״ל וקשה הא במקור ד״ז בתס״ד סי׳ רפ״ב כתב כמי אם עברה אחר שנשאת ולמה השמיטו רמ״א וטו״ז וב״ש הקשו הא תס״ד הכיח בל״ע ואיך פסק רמ״א להוליא מיד הבעל מספק לכן פסקו דאין להוליא מבעל ובאב״מ הקשה מה מהני הקול כיון דלא נתחייבו הנכסים בקנס עד דעמד בדין דאז גם היורשים חייבים אבל לא עמד בדין לא קנסו בנו וכ״ש לוקח ועוד לפימ״ש הב״ך

הש"ך בחו"מ סי' ק"ח סק"ה דכשהחוב יותר על מה שהפסיד לא קנסו בנו אחריו אפילו העמידו בדין וקנס הקהל הוא יותר על מה שהזיק שהרי אינו אלא קנס במה שעבר על תקנתם וא"כ פשיטא דלא מהני מה דאית ליה קלא עכ"ל וכ"ל דשאני חיוב קנס מיחיד ליחיד כגון היזק שא"כ וכדומה דלא עביד איניש דינא לנפשו וצריך להעמיד המזיק לפני ב"ד בדין ולגבות עדות לכן כ"ז דלא עמד ונתחייב לא נתחייבו הנכסים וכעין שאמרו בפרק החובל דף ס"ב ע"ב דלאחר שאתגייר חשוב דשלב"ל דמי יימר דמזדקקי ליה תלתא אבל יחיד נגד קהל הקהל עבדי דינא לנפשייהו וא"ל לב"ד ולהביא עדים ומעלמא ואף דכולם נוגעים כדאיתא בחו"מ סי' ד' בהג"ה וכיון דלא מחוסר העמדה בדין לפני ב"ד נתחייבו הנכסים מיד שנודע לרבים דעבר.

ועוד לפימ"ש בידי אליהו תיקון ל"ב דהא דאמרינן כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון ה"ד בתקנות התנאים והובא ביד מלאכי אות של"א וא"כ י"ל הא דלא נתחייבו הנכסים בקנס קודם שעמד בדין משום דבקנס אשר מן התורה כתיב ירשיעון אלקים וכ"ז שלא עמד בדין ונתחייב בב"ד אין עליו שום חיוב ה"נ בקנס דרבנן כעין דאורייתא תקון דגם לקולא אמרינן כעין דאורייתא תקון כדאיתא בפע"פ דף קט"ז ע"ב אבל תקנות הקהל דלא כעין דאורייתא תקן נתחייבו הנכסים מיד ול"ש חיוב קנס מחיוב ממון דבקנס של תורה רק גזה"כ שלא יחול החיוב בלא ב"ד וקנס תנאים כעין דאורייתא. אבל קנס שקנסו קהל אינו בגדר זה וכעין זה מחלקי הפוסקים לענין ב"ד סמוכים כדאיתא בחו"מ סי' א' סס"ה בהג"ה.

וכיון שתיכף שנודע שעברה נתחייבו הנכסים שלה ובתה"ד שם מבואר דהקנס יהא לצדקה והנה בפ"ק דנדרים דף ז' ק"ל לרשב"א דספק צדקה להחמיר והר"ן חולק משום דאמרינן בפרק הזרוע דף קל"ד גבי לקט דמשום דקמה בחזקת היובא קיימא אזי ספק איסורא להחמיר וא"כ הכא דכבר נתחייבו הנכסים קודם שנשאת אף דהכיח התה"ד בל"ע אם מחויב הבעל מ"מ ספקו להחמיר כיון דנכסים בחזקת חיוב קיימא וגם ליכא למפטריה לבעל משום דלא קנסו היורש או לוקח אפילו אחר העמדה בדין כיון דבלא"ה רוב הפוסקים ק"ל דבעל חייב בקרבן אשתו שנתחייבה קודם שנשאת כדאיתא בתה"ד והובא בב"ש כאן ואפילו יהיו הפוסקים שקולים מ"מ כיון דהנכסים בחזקת חיובא ספקו להחמיר ואפילו ק"ס דהשוב כתב לא מהני כדאיתא בפרק הזרוע שם במרדכי ועיין נתיבות בכללי תפיסה סק"ב לכן כתב הרמ"א הדין דוקא אם עברה קודם שנשאת אבל עברה אחר שנשאת דהספק אם נתחייבו הנכסים אין להוציא מיד הבעל כיון דהניח התה"ד בל"ע אלא דהרמ"א לא הזכיר דהקנס לצדקה ונראה דס"ל דלורכי רבים הוי כצדקה דהא מבואר בשבת דף ק"נ ובש"ע א"ח סי' ש"ו דלפקח בצורכי רבים הוי הפצי שמים כמו לצדקה וכ"כ הרא"ש שבא"ז פרק המוכר פירות דף קו"ף שהנותן לרבים כנותן לשמים שכן העוסק בצורכי רבים כעוסק בצורכי שמים עכ"ל.

ועיין מל"מ פכ"ג מה"א בד"ה ורא"תי דגם קנס החיוב מתחיל מיד וכשעמד בדין חל למפרע והוי כאלו בא לעולם כבר בשעת המעשה וא"כ בשלמא כשמת קודם שעמד בדין פטור בנו כיון דלא עמד בדין לא יתחייב האב עוד משא"כ כאן האשה בחייה ומעמידין אותה בדין וחל החיוב למפרע.

ס"ה בהג"ה אם לקחה יותר מכתובתה ונשאת צריך הבעל להחזיר המותר כ"כ מהרי"ק שרש ח"י על אלמנה שנשאת ונתנה נדוניא וכתב ב"מ הא ל"ב לוקח הוי למהרי"ק ולמה צריך לשלם ועכצ"ל דהוי כלוקח מגזלן ואף אם אין לה דין גזלן מפורסם אפשר דל"ש תק"ה כמ"ש מהר"ס אלשיך סימן י"ז דהוי כגנב ופרע בהקיפו אך תינח בלוקח דברים ידועים לנגזל אבל גזל כספים אין סי' במטבע ועיין בחו"מ סי' ק"ד ס"ה וסי' שס"ט דמותר להנות בממון גזלן אם רק המיעוט שלו ואפילו בדברים ידועים תימה ומפ"כ דף קל"ט דמוכיח דבעל יורש ונדתנן נשאו גדולות לבעל ישאו קטנות ומבעל ומאי הוכחה דאפילו לוקח צריך להחזיר הגזלה ועכצ"ל דפטור משום תק"ה דאינה כפרעה הקיפה דמשום זה נשאה את"ד וכ"ל דשאני אלמנה שנשארה נו"כ בתוך הבית דהכל בחזקת יורשי בעל כדאיתא בחו"מ סי' ק"ב ס"א בהג"ה ואין חילוק בין מעות לשאר דברים כדמוכח שם א"כ הוי ליה לבעל לדעת דהכל של יורשים וגרע מגנב מפורסם דאפשר מה שמוכר שלו הוא משא"כ האלמנה כל מעשה ידיה ליורשים ומציאתה דלא שכיח לא חיישינן דאין טוענין לבעל מלתא דלא שכיח ועליה בחייה להביא ראיה כדאיתי' בחו"מ שם ועיין ב"ש לעיל ס"ק פ"ו וכ"ש דנידון דמהרי"ק היה שעדיין לא נשבעה על כתובתה כשנשאת א"כ אפילו כתובתה עדיין אינה שלה משא"כ הא דגדולות שנשאו לבעל אפילו ניזונית משל אביה מעשי ידיה שלה כדלקמן סי' ק"ב ס"ב ואפי' אם בין האחין נו"כ בתפיסת הבית אם חלוקין בעיסתן אין מה שתי' בחזקת היורשין כדאיתא בחו"מ סי' ס"ב לכן אם הבעל לוקח שייך בו תק"ה ואף דברמ"א אינו מבואר דעדיין לא נשבעת על כתובתה אין הבעל יכול לומר דכסבור מה שנתנה לו הכל שלה דזה יכול לדעת כמה לקחה בכתובתה דהגיבוי נעשה בב"ד כשנשבעת ויש לו קול וכמו בקרקע דלית בו תק"ה משום דיכול לדעת ע"י חקירה של מי הוא ה"נ יכול לדעת כמה כתובתה ואם עדיין לא נסתלקה מעזבון בעלה הראשון ועיין בשו"ע סי' שע"א סק"א וכן מוכח מתשובת מהר"ס שבמרדכי פחז"ה סי' תקמ"ז דאלמנה שהכניסה לבעלה השני מירושת הבן ונבעלה הראשון לא שייך בו תק"ה ועיין מהרי"ט ח"א ס"ס ל"ד.

אך מ"ש מהר"ס אלשיך דהכנסת נדוניא הוי רק כפרע הקיפו ולית בו תק"ה צ"ע ומגמרא הנ"ל ואפשר לפימ"ש לעיל סי' כ"א אהא דהן הן דברים הנקנין באמירה כמה אתה נותן לבתך והא שכירות א"ל קנין בלא"ה וכתבתי שם דנדוניא לית בו משום שכירות עיי"ש ה"נ לא הוי כמכר לומר בו תק"ה דלא הוציא הבעל נגד זה כלום כמו לקח הגנבה בעד חוב דלית בו תק"ה כיון שלא הוציא נגד זה עכשיו כלום אך כ"ז בנדוניא דאינו מוציא מידו אף דבלוקח הוא בל"ב הייתו משום דמקבל עליו אחריות ואם יחזור לנגזל יפטר ממילא מן האחריות ואף דקבורתה תחת כתובתה דהייתו הנדוניא הוא דוקח כשמתה ויורש אותה דנפטר מן החוב של האחריות כדוניא אבל עתה בחייה עדיין לא נתן כלום בעד הנדוניא אבל פירות כ"מ משום פרקונה תקנו דנתחייב מיד והוי משום זה כלוקח ואם יחזיר לנגזל עדיין לא יפטור מפרקונה לכן שייך

שייך בו תק"ה והגמרא דפ"כ הכ"ל מיירי בכ"ת ולענין אם לריך הבעל לשלם בחייה ויפסיד הפירות כמבואר בתוס' רי"ד שם ובפוסקים ובפרק נערה דף מ"ז ע"ב אמרו קבורתה תחת כתובתה ופרש"י ותוס' היינו תחת נדונייתה וכתב לה כתובה תוס' נגד הנדוניא וכשמתה יורשה והכריחו תוס' שם זה וקשה דהל"ל בפירוש תחת נדוניתה אבל יובן לפימ"ש בהגמ"ר פ"ק דב"מ בד"ה מה שאירש דמוכרת כתובתה בטוה"כ דמיד הוי הכתובה שלה אלא שהוא יורש ממנה עכ"ל ואם כן כשמכנסת נדוניא זוכה בנדוניא ומתחייב כנגדו תוס' כתובה ואין הנדוניא תחת קבורתה אלא כשמתה בחייו יורש כתובתה וקוברה נמלא אז נעשה חליפין ומחדש לכן ל"ש בנדוניא תק"ה דעדיין לא הוליא מידו כלום בעד הנדוניא בחייה לכן כשהנדוניא גנבה בידה מיד נתחייב הבעל להחזיר בלא כלום וכשמתה אח"כ אינו יורשה בזה כלום דהנדוניא של הנגזל ולא של האשה וקבורתה אינו בעד נדוניא זאת כלל ועוד דביבמות יעקב ר"ס פ"ט הוכיח מהרמב"ם דקבורתה אינו בעד הנדוניא רק בעד מנה ומאתיים שיורשה וכ"כ רדב"ז ח"ג סימן תרל"ג לדעת הרמב"ם ומקלת מפרשים.

אמנם בלא"ה אח"ל דהא דנשאו הגדולות ישאו קטנות מבעל מיירי נמי דהגדולות הכניסו בנדוניא גם חלק הקטנות י"ל דברי מהר"ם אלשיך לפימ"ש שם הוא גופיה בנידון דידיה דהבת הכניסה לנדוניא חלק אחות דאפילו לא מיחה הוא לא אבד דע"כ לא אמרו דלריך למחות אלא בפרנסת הבת דהיינו עישור נכסי משום דלא ממונא דבת הוא אלא דמשום תקנה בעלמא הוא דתקנו לה פרנסה ואינו רק לווי בעלמא ואינו ממונא דילה כירושת הבן דהוא ממון דיליה לכן בעישור נכסי כשלא מחתה אמרינן וויתרה ומשא"כ ירושת הבן לא אמרינן בשתיקה בעלמא מחיל עיי"ש לכן ה"כ הא דנשאו גדולות דמיירי בפרנסה דעישור נכסי דיש בן יורש כדאמר התם פרנסה קלא אית ליה לכן לא חשוב כגזל ומכר דעדיין לאו ממונא הוא אלא חיוב על הבן מתקנ"ח שלווהו ליתן לבנות עישור נכסי ע"כ מדמי לה הש"ס ללותה ואכלה וניקת דאם בעל לוקח אין מוליאין מידו ולא משום תק"ה כלל משא"כ בנידון מהר"ם אלשיך ומהרי"ק דמיירי בירושה ממש של הבן או הבת דהוי גזלה כשהכניסה לבעל בזה לריכין לדון משום תק"ה לכן שפיר בנדוניא ליכא תק"ה דלא נתן הבעל בעד הנדוניא עדיין כלום ומכאן ראיה לדברי דכלן אין בו משום שבירות וכמ"ש מהר"ם אלשיך שם שלא נתן דמים אלא שהיא נתנה לו נדוניא בחנם הדע דאם משום תק"ה לא ישאו הקטנות מהבעל אם לוקח מה פשיט הש"ס לענין מע"פ כיון דבעל מקבל מתנה הוי וליכא תק"ה אבל מע"פ אינו גובה ממקבל מתנה כדאיתא בחו"מ סי' קי"א אבל תק"ה ליתא במתנה כמ"ש הסמ"ך בחו"מ סי' שנ"ו אח"כ מלאתי במהרי"ט ח"א סל"ג כמו שכתבתי.

עוי"ל לפימ"ש בשו"ת מכ"י שאלה ב' דאפילו כימא בעל לוקח משום תק"א מ"מ אם הקנתה האשה למלוה מטלטלין אג"ק גובה המלוה כיון דמדאורייתא בעל יורש רק תק"א דיהא כלוקח ל"ל משום תקנת השוק לא יגבה מטלטלין דתקנתא לתקנתא ל"ע כדאיתא בפ"ק דב"מ דף ה' אח"ד וא"כ זה נמי טעמו של מהר"ם אלשיך דבן היורש גובה מה שהכניסה אחותו לבעלה מירושה של הבן אמנם הא דנשאו גדולות ישאו קטנות מבעל עכ"ל משום דבעל יורש דאם הוי לוקח אף דגזלו הגדולות חלק הקטנות העישור נכסי מ"מ ל"ל תקנתא לתקנתא ל"ע כיון דעישור נכסי נמי רק תקנתא דאסמוכהו אקרא כמ"ש מהר"ם אלשיך שם א"כ חדא תקנתא דבעל לוקח אוקי נגד תקנתא דעישור נכסי ונשאר על ד"ת נמלא תקנת השוק רק חדא תקנתא ול"ל נהי דעישור נכסי רק תקנה מ"מ הוי של הבנים מן התורה זה אינו דהא הבן אינו תובע רק הקטנות והא אין לבן רק מתקנה.

אך למהרי"ק דמיירי בנכסי ל"ב וס"ל דבעל לוקח הוי ודאי בנכ"ב ולהכי אין בע"ח מוליא ממנו ומ"מ ס"ל דיורש מן התורה מוליא מהבעל ל"ל ישוב זה אלא אם נאמר דהא דבנכסי ל"ב ודאי לוקח הוא ג"כ אינו רק מתקנה קדומה לפני תק"א אבל מן התורה מהני מכירתה בחיי בעלה גם בנדוניא כמ"ש הספלאה בר"ס ל"א וגם בית מאיר כאן וס"ל נמי למהרי"ק דהא דאמרינן היכי דאיכא פסידא לאחריני לא עשוהו לבעל לוקח היינו רק בתקנת אושא בנ"מ ולא בנכ"ב אך המאירי באס"ז פרק החובל דף פ"ט כתב דבנכ"ב הבעל לוקח הוי מדינא ולא מתקנה.

חמ"ח סק"א אפשר דלגבי בעל ל"ש תק"ה ברשד"ס החליט כן בסימן קפ"ט חחו"מ מכמה טעמים.

רמ"א ל"כ לו אגב ולא הכניסה רק מטלטלין אפילו מלוה בשטר אינו גובה ומבעלה מקורו מתשובת המיוחסות לרמב"ן סי' ל"ו וכתב שם בפירוש אף דאינו רק יורש ובתומים ס"ס קי"ב הקשה איה איפא תקנת הגאונים לגבות ממטלטלי דיתמי עיי"ש ועלה בלבי דגאונים תקנו הכי משום דבלא"ה מלוה על היתומים לפרוע חוב אביהם וזה לא שייך בבעל אח"כ ראיתי בב"מ שהביא כן מהריב"ש סי' של"ב דתקנת הגאונים משום דבלא"ה מלוה על היתומים וכתב הב"מ דלפיכך אין גובין מבעל דאין מלוה עליו אלא שהביא מהריב"ש דאף בשאר יורשים שאינם בנים לא פלוג כיון דרוב היורשים הם בנים ונדחק הב"מ מה דאין מכניסין הבעל שיורש בלא פלוג ואפשר לומר שבנים הם רוב יורשים נגד שאר קרובים אבל יורשי אשה אדרבה הם מיעוטא נגד בעל כיון דבעל יורשה ולא בניה או שאר קרובים כשמתה בחיי בעל וא"כ ל"ל ל"פ שיהא הרוב נגרר אחר המועט ואפילו במתלה ע"מ.

אך י"ל דתקנת הגאונים אסמכוהו אהא דאמרינן רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי ולא חשוב שינוי הרשות ופירשב"ס בפה"ה דף מ"ד משום דיורש כרעא דאבוה וכברשות גזלן דאבוה דמי עיי"ם ועכל"ל דהה"ד אם נפל הנגזל בירושה לשאר קרובים דחשיבי ככרעיה דהא דרשות יורש לאו כרשות לוקח אינו מתקנה לומר ל"פ דדינא הוא ואיתא בתוס' פרק החולץ דף ל"ח בד"ה וב"ה דירושת הבעל אפילו הוא דאורייתא לאו מכח קורבה קאתי עיי"ם וא"כ הוי כשינוי רשות ומטלטלי לא משתעבדי כשנשתנה מרשות לוה לרשות אחר.

סימן צ"ב

ס"א הכותב או האומר לאשתו דו"ד אין לי בנכסייך וכו' אחר הנשואין לריך לקנות מידה הנה בהש"ס ר"פ הכותב תני ר"ח האומר לאשתו וכי כתב לה הכי מה הוי והתניא האומר לחברו דו"ד אין לי על שדה זו לא"כ והקשו הראשונים למה הקדים
דברי

דברי ר"ח כיון דפריך מאמירה לכתיבה וגם מאי פריך אפשר כתיבה עדיף ומהרש"א דקדק על מלת הכי דמיותר ובריטב"א ואס"ז כתב בשם רבו דמתניתין לאמר כן בלשון סלוק אבל כשאומר כן בלשון הודאה פשיטא דמהני ואף כשאמר בלשון זה סתם ולא גלה דעתו אם בלא הקנאה זוכה הוא מדין הודאה כיון שפשוטו של לשון משמע לשון הודאה אלא הכא שמגלה דעתו ואומר בלשון הקנאה וסלוק וזה הלשון משמע להבא ומשמע לשעבר וזוכה הוא בו באיזה שיזכה יותר וכאותה שאמר ר"פ השולח עכ"ל וקשה לפ"ז מאי פריך הש"ס לימא דמתניתין לא גלה דעתו שאומר בלשון הקנאה וסלוק ומה דמייתי מר"פ השולח היינו ממה דאמר שם על לשון בעל הוא דשתי לשונות משמע גבי גט לישנא דמהני בו קאמר וגבי מתנה לישנא דמהני בו קאמר ופרש"י לישנא דמהני היינו דמועיל וכן הסכים לו הריטב"א שם דלא"ה מד"ל אבל התוס' שם הוכיחו דהפירוש דמהני לו לטובתו וגבי גט רוצה שיתבטל וגבי מתנה טובתו שלא יתבטל המתנה לכן מפרשינן מה שאמר המקבל בטלה היא לעתיד לכן לא אמר כלום ויל"ד הא קי"ל בחו"מ סי' מ"ב ס"ט דלא אמרינן יד בעהש"ט על התחתונה אלא אם לא יתבטל השטר לגמרי דאל"כ אמרינן בכדי לא עביד לכן כשכתב בשטר שיפרענו בפסח צריך לפרעו בפסח הבא ראשון דבכדי לא עביד והוכיחו זה הראשונים מהש"ס בבלי וירושלמי וצ"ל כמ"ש בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג מחו"מ ס"ח דדוקא גבי שטר אמרינן הכי דעביד מעשה לכתוב ולחתום אבל בדבר הנקנה בע"פ בדיבורא אם יש ספק אמרינן תמיד יד המוציא עה"ת אפילו היכא דנתבטל דיבורו לגמרי והובא בפ"ת לחו"מ שם והרי לך דזה תליא בפלוגתת רש"י ותוס' דר"פ השולח דהא לרש"י גם בדיבור לבד אמרינן דאאמד"ל וודאי הכונה שיהא באופן המועיל אבל לתוס' בדיבור אמרינן אף דלא מועיל מ"מ מפרשינן לטובת האומר לשון זה אף דא"כ הוי דבריו לבטלה דבלאו אמירתו ג"כ היה נשאר המתנה למקבל ועיין נתיבות בדיני תפיסה סי' א' דכל שקונה מחמת הלשון אינו קונה רק מה שברור בלשונו ולא מה שיש בו ספק דאין כונת האדם בלשונו רק על הפחות שבשמעות לשונו דלא מחית איניש נפשו לספקא והביא ראיות לזה והיינו התם דגם בפחות שבלשונו לא הוי לבטלה אבל אם הוי לבטלה יש חילוק בין שטר לאמירה להתוס' וא"כ ודאי קשיא מה פריך הש"ס מאומר לכותב דכיון באומר מפרשינן הלשון לטובת האומר וכונתו רק לסלוק והקנאה לכן לא אמר כלום משא"כ אם כתב כיון דאם נפרש כן מתבטל השטר לגמרי ע"כ מפרשינן דכונתו להודאה דבכדי לא עביד וצ"ל דמש"ה מביא הש"ס הא דתני ר"ח האומר ודייק הש"ס וכי כתב לה הכי היינו כמו בהאומר דיש לפרש לטובת האומר יותר וודאי לא נתכוין להודאה מ"מ תני ר"ח דמהני א"כ כי כתב לה הכי וגלה דעתו דלא נתכוין להודאה מאי מהני כ"ז נראה לסברת הריטב"א אבל מסתימת הפוסקים דכתבו דבכה"ג לא מהני ולא פרשו דוקא דגלה דעתו דלא נתכוין להודאה מוכח דלא ס"ל הכי אלא או דגם אם הודאה הוא אינו מועיל דלא הודה רק על דו"ד ולא על גופה של שדה או דאמדו חכז"ל לשון זה דאינו כלל לשון הודאה על לשעבר רק לשון סלוק והקנאה.

במו"ז כתב דרב אשי לא אמר כאביי דיד בעהש"ט עה"ת משום דהאשה מוחזקת ודאי יד הבעל המוציא עה"ת ולאיסתייעתיה תשובת רשב"א שבב"י לקמן סי' ל"ג דלוקח או מקבל מתנה או מחויב בדבר מה ובא לזכות מכח שטר מכר או מתנה או מחילה כל שיש לגרוע זכותו אמרינן יד בעהש"ט עה"ת אף שהוא מוחזק וה"נ הבעל הוא המוחל כיון שמגיע לו פירות כ"מ מתק"ח וכמו שפרש"י לאביי וע"כ גם לרב אשי כן הוא אלא מטעם אחר לא ס"ל דאביי כמ"ש המפרשים.

בהג"ה קודם אירוסין ל"מ בשו"ת חו"י סי' נון נתקשו על שעושין סילוק בקנין קודם אירוסין ותירץ אב"מ דמהני משום הן הדברים הנקנין באמירה עיי"ש ולי ל"ע דהקנין נגרע כדאיתא בב"ב דף קכ"ב ובחו"מ סי' ר"כ סי"ז במתנת שכ"מ כיון דקנו מידו גלי דעתו דלא ניחא לו להקנות באמירה בתק"ח וקנין ל"מ דאין שטר לאח"מ ה"נ כיון דקנין ל"מ דעדיין אין לו זכות בנכסיה ולא סמכו על תקנ"ח דרב גידל לקנות באמירה ונראה דזה כונת הירושלמי ר"פ אעפ"י האב אינו מזכה אלא בדברים דהירושלמי שם ס"ל דבשטר א"י להתחייב מה שאינו חייב רק הבעל בת"כ ולכן אם האב נתן שטר להקנות על ידו הרי גילה דעתו דבאמירה לא ניחא לו והא דאמרינן ר"פ הכונס בשטר פסיקתא כדר"ג היינו כשכותב רק לראיה ולא מזכה ע"י השטר וכה"ג בפ"ק דב"מ דף יו"ד כיון דכפל עליה גלי דעתיה דבד"א לא ניחא לו דליקני וכ"ל משום הכי נהגו בורנקפורט לקנות על הסילוק אחר ברכת אירוסין לפני קידושין דהוי כמ"ש בתוס' ופירוש הרא"ש בפ"ד דנדרים דף ל"ד ע"ב בראה ככר של הפקר כיון דבידו לזכות בו יכול להקדישה ה"נ דעומדת תחת החופה ודאי לא תיהדר בה ולפיכך מברכינן לפני הקידושין כדלעיל סי' ל"ד דלא"ח שתמלך וה"נ מהני הסילוק דבידו לארסה דאין מעכב שו"ר בריב"ש סי' שמ"ה אם הקנין לא יועיל ליפות כחו לענין משעבדי גם משום דר"ג לא קנה מראיות שכתבתי וא"כ הרי בסלוק לא שייך יפוי כח לענין משעבדי.

ס"ב בהג"ה נכסים שנפלו לה אח"כ אינן בכלל בירושלמי ר"פ הכותב מבואר להיפך וז"ל ר"י בעא קומי ר"ז כתב לה דו"ד אין לי בנכסייך ונפלו לה לאחר מיכן מהו ויש אדם מתנה על דבר שלא בא אמר ר' בון ב"ח קומי ר' זעירא מזכותו את למד חיובו אלא לא כתב לה שהיה אין לו אכילת פירות הוי מזכותו את למד חייבו ר"ל בר חייא בעא כתב לה דו"ד אין לי בנכסייך העתידין ליפול לך מהו ויש אדם מתנה על דבר שאינו בעולם עכ"ל ואפשר לדחוק או דר' לוי פליג באמת וס"ל דאם לא פירש נכסים העתידין ליפול אינן בכלל או דמיירי דבעל מודה דכוונתו היה נמי על נכסים שיפלו אח"כ והנה הק"ע ופ"מ נדחקו מאד בפירוש דברי הירושלמי והניחו עוד הקשה בשירי קרבן מה בעא ר"ל הא כבר אסיק ר' בון אפילו לא כתב רק בנכסייך נמי מהני ועוד למה לא מקשה אפשיטות בעיא זו כמו שמקשה ר"ב אפשיטות דר"ז.

ונ"ל דר' בון ס"ל כיון דבנכסייך נכללו נכסים שיש לה מכבר וגם נכסים שיפלו אח"כ ואין דיבור אחד מתחלק לחצאין לכן אמרינן מגו דחל הסילוק על נכסים שיש לה חל נמי אנכסים שיפלו אח"כ וכבר יש דעות בזה בחו"מ סי' ר"ג בהקנה דשלב"ל עם דשב"ל ביחד או מטבע ומטלטלין בק"ש ועיי"ש בסי' ר"ע וי"ל כאן כ"ע מודי דחל לגמרי לפיו"ש

בהגמ"ר

בהגמ״ר פ״ק דב״מ וכ״י פרק איזהו נשך דדבר שלב״ל דאינו קונה משום דמספקא אם יצא והוי אסמכתא ולא גמר ומקנה ובשו״ת הרשב״א ח״ג סי׳ ס״ג כתב אם בדיבור אחד נתחייב חלי שאין בו משום אסמכתא וחלי יש בו משום אסמכתא אמרינן כמו דגמר והקנה החלי שאין בו משום אסמכתא ה״נ חלי השני שבדיבור אחד אמרו ואין דיבור אחד מתחלק לשנים ועיין בחמ״ח וב״ש לעיל סי׳ מ״א ס״ג והנה בכתובות סי׳ ק״ה ס״ב כתב לענין שנים שהגביהו מציאה דדוקא במקום שאם לא יזכה חברו בהגבהה זו גם הוא לא יזכה בחלקו אזי אמרינן מגו דזכי לנפשו זכי נמי לחברו כיון דתלוי זה בזה עיי״ש וא״כ כיון דכללו נכסים שיפלו עם נכסים שנפלו בדיבור אחד ואם יתבטל לענין נכסים שיפלו יתבטל ג״כ לענין נכסים שנפלו לכן אמרינן להיפך מגו דמועיל לענין נכסים שנפלו מועיל נמי לענין נכסים שיפלו ומפרש בכתב דהיכא דיש לפרש בשתי ענינים אמרינן יד בעל השטר על עליונה היכא דליכא יד בעל השטר עה״ת יתבטל כל השטר כדאיתא בחו״מ סי׳ מ״ב ועוד הכא דהדבר שקול אם ליתא מגו דבטל לענין נכסים שיפלו בטל גם לענין נכסים שנפלו או נימא להיפך והאשה מוחזקת י״ל דמועיל לגמרי וזה מאמר ר׳ בון מזכותו את למד חיובו כיון דאם לא יועיל לענין נכסים שיפלו ויזכה הבעל לגמרי את למד חיובו שלא יתבטל כלל כיון דתלוי זה בזה וכללן בדיבור אחד וזה שאמר אלא לא כתב לה שנייה דלא אלקן לשניים לכתוב בנכסייך ובנכסים שיפלו אין לו אכילת פירות ומביא הירושלמי עוד דר׳ לוי נמי הכי ס״ל מדבעא רק אם פירש נכסים העתידין ליפול ע״כ ס״ל דאם לא פירש אלא כללן בדיבור אחד אמרינן מגו דמועיל אנכסים שיש לה מכבר מועיל נמי אנכסים שיפלו ותלי״ת מלאתי אח״כ בפ״ב דנזיר סוף הלכה ה׳ דמחלק הש״ס בין אמר סתם דככלל דשלב״ל עם דבר שב״ל דאמרינן מגו ואם חלקן ופירש הדשלב״ל לא חל על דשלב״ל ומייתי ראיה מהך בעיא דר׳ לוי וכן פרשו שם הק״ע והפ״מ והודה הק״ע דפירוש זה ברור לא כמ״ש בכתובות ועיי״ש שהקשה אפוסקים דס״ל דמקנה דשלב״ל עם דשב״ל דקנה רק מחלה ולפימ״ש א״ש ומה שאמר הירושלמי עוד הפעם הוי מזכותו אתה למד חייבו כראה דה״פ אלא ל״כ שנייה א״ל אכילת פירות היינו בתמיה דאם אמרת דאינו מועיל הסילוק על נכסים שיפלו אח״כ אי אפשר רק דלא יועיל הסילוק כלל והיינו אלא לא כתב שניה דלא כתב שנית בפירש על נכסים שיפלו אח״כ א״ל אכילת פירות בתמיה דע״כ או מועיל לגמרי ע״י מגו או בטל כולו ע״י מגו דדיבור אחד אינו מתחלק לחלאין הרי תלוי זה בזה הוי מזכותן שתאמר מגו ויאכל הפירות לגמרי אתה למד חיובו שלא יאכל כלל ומדויק מה שאמר אין לו אכילת פירות דקשה דאין לו משמע דלית לו כלל והא מכ״מ שנפלו לה כבר יש להבעל פירות דהא הבעיא והפשיטות קאי רק על מה שנפלו לה אח״כ ועיין כה״מ סי׳ ר״ג ס״י כתב נמי דאין לומר מגו דקנה זה קנה זה אא״כ דקנין אחד תלוי בחברו דאם יתבטל אחד יתבטל חברו עיי״ש ולפימ״ש מוכח כן מירושלמי.

ומה שפתח הירושלמי בנכסייך לבד ואח״כ הביא ר״ב ראיה מפירות ל״ל דגם ברישא איירי דכתב בפירותיהן אלא דלא חש להאריך כמ״ש תוס׳ ר״פ הכותב ומה דלא מבעיא לירושלמי לענין פירות עצמן שגדלו אח״כ דבשעה שכתב הוי דשלב״ל כמו מוכר פירות דקל ל״ל כמ״ש ב״ש בס״ק י״ב כיון דכתב בנכסייך ובפירותיהן מקנה לה גוף הקרקע לפירות ומוכח דלא כמהר״ס במרדכי והג״א דר״פ הכותב דהוכיח דיכול להסתלק מדבר שא״ב דהרי מסתלק מפירות שלא ב״ל עדיין עיי״ש דכיון דלא מליכו בזה בבבלי דלא כהירושלמי אין לדחות דברי הירושלמי.

וצ״ע למה ס״ל לירושלמי דבנכסייך כולל גם מה שיפלו אח״כ ולמה לא נימא יד בעהש״ט עה״ת כיון דמדינא הן של בעל ואין לומר משום דהאשה מוחזקת דהא גם בכה״ג כיון דבאה בכח השטר שנתן לה אמרינן יד בעהש״ט עה״ת וכמ״ש בשו״ת רשב״א הובא בב״י לקמן סי׳ ל״ג וכ״כ מהרי״ק וכדאיתא בחו״מ סי׳ מ״ב ס״ח בש״ך ס״ק ח״י וכדאבי״י בר״פ הכותב דגם רב אשי לא פליג אלא דס״ל אפילו היה כתוב דיהא ידה על עליונה נמי הכי דינא או משום דלא ניחא ליה בסברת אביי דבוליגא עב מקרי כמ״ש הפוסקים ול״ל דס״ל להירושלמי דבנכסייך אינו לשון מסופק כלל אלא ודאי כולל גם מה שיפלו לה אח״כ ול״ד להא דאמר אביי דלאו מכל מילי סליק נפשיה משום דיד בעהש״ט עה״ת דהתם הוי לשון מסופק דהרי ר״א ס״ל דודאי אינו כולל פירות וירושה דלשון בנכסייך לא מתפרש הכי א״כ מסתיין לומר כאביי דהוי לשון מסופק וכיון דא״ל כתב עוד בפירש ובנכסייך העתידין ליפול לך ודאי נכלל כבר בנכסייך הראשון ע״כ אמר אלא לא כתב שנייה פעם שנית אף דאחר שפירש גילה דעתו דלא נכלל בנכסייך ראשון.

ומכאן אתה למד דלא כהש״ך ביו״ד סימן רע״ז ס״ק י״א דאם אמר קונם ביתך עלי וקנה בית אחר מותר שלא היתה כונתו אלא על בית שהיה לו בשעת נדר והרי הירושלמי אינו אומר כן והש״ך עצמו בחו״מ סי׳ מ״ג ס״ק מ״ה דבשטרות דכין כמו בנדרים והוא מוסכם מכל הפוסקים וכן הוא בש״ע שם סכ״ח וכבר השיג המל״מ פ״ח מה״ג הי״א על הש״ך והביא משו״ת הריב״ש ס״ס שכ״ו ומים עמוקים סע״ב ומהרש״א בערובין דף ע״ו ע״ב דאם אמר קונם ביתך משמע גם מה שיקנה אח״כ עיי״ש ומהם מוכח דלא ס״ל כמהרי״ק דהכא אלא נכסייך משמע גם מה שיפלו לה אח״כ.

וייש להבין מ״ט דירושלמי דלא מהני סלוק על נכסים שיפלו לה אח״כ הא אינו הקנאה רק סלוק שאינו רוצה לזכות בהן מה אכפת אם לא זכה עדיין בהם וכמ״ש בהגהת הטו״ז בחו״מ סי׳ ר״ט סס״ד דזה טעם מהר״ס שבמרדכי ס״פ הכותב דסלוק מהני בדבר שלא בא לרשותו עדיין ועוד קשה דהרשב״א והר״ן דייקו מדאמר ר׳ ינאי בר״פ הכותב בכותב לה דו״ד בעודה ארוסה מוכח דקודם שנתארסה לא מועיל סלוק והא לו יהא סלוק כהקנאה הא ר״י ס״ל ביבמות דף ל״ג אדם מקנה דשלב״ל כ״ש סלוק ועוד לפי סברת התוספת דיכול להסתלק בלשון זה משום דאין לו זכיה בנכסיה רק מתק״ח יכול לומר אי אפשי בתק״ח וגם להר״ן דמה״ט לא עשו חיזוק יותר ומד״ת מ״מ כיון דאינו רוצה בתק״ח ממילא דין הניא לו ולא יזכה כשיבא אח״כ וכ״ל דתרי טעמי יש במקנה דשלב״ל או אינו ברשותו שלא יועיל חדא כיון דאין לו עכשיו אין בכחו להקנותו וכיון דהשתא לא חייל תו לא חייל לבתר הכי עוד טעם אחר כיון דלא ברי לו שיבא הדבר לא גמר ומקנה דסמכא דעתיה שמא יבא שמא לא יבא ואילו היה יודע דודאי יבא אפשר לא

לא היה מקנה וזה מבואר בהגמ״ר פ״ק דב״מ וכמ״ש פרק איזהו נשך בד״ה התם זביני ומהרש״א פ״ק דב״מ דף ע״ז בד״ה בההיא הנאה וק״ע שעל הירושלמי בר״פ הכותב בד״ה שבסוף הוא זוכה בהן ולכן כהי דסלוק הוי מועיל בדבר שעדיין אין לו זכות כיון דאומר שאינו רוצה לזכות וא״א בתק״ח מ״מ כיון דלא סמכא דעתיה שודאי יבא לידו לא גמר ומסתלק והוי כפטומי מילי בעלמא לכן נהי דרבי ינאי ס״ל ביבמות דף ל״ג דיכול לעשר מפירות שלו בערב שבת על פירות שיביא לו אחר בשבת מתנה י״ל דוקא התם במעשר דלית בו משום אסמכתא כמו בצדקה דאיתא ביו״ד סי׳ רכ״ח ס״י דאין בו משום אסמכתא וכמ״ש כדב״ז ח״ב סי׳ תת״ב דבצדקה והקדש וכל מידי דמלוה לית בו משום אסמכתא וכ״ש הא דרי ינאי דיליף לה התם מקרא דמלוה לעשר בע״ש על מה שיביאו לו בשבת ואף דאיתא שם ר׳ ינאי כר״מ ור״ח כרבי ורבי כרע״ק דס״ל אדם מקנה דשלב״ל לא דשוין בכל מילי אלא כל חד ס״ל בעובדא דידיה הכי וכמ״ש הר״ן פ״ק דקוכה בד״ה אמר אביי דאיכא שיס דר׳ ינאי ור״ח לא אמרו בפירות שאינם בעולם לגמרי אלא שלא הביאו לו האריס עדיין ור״ח אמר בכל פירות דקל אעפ״י שלא באו לעולם כלל ורבי לא אמר אלא בכגון שחת ואגם ואין מודין זה לזה עיי״ש ה״נ י״ל דרי ינאי לא אמר דמקנה דשלב״ל רק לענין מעשר דאין בו משום אסמכתא ע״כ אמר הכא דוקא כשהיא ארוסה דיש לו לד זכיה בגוה וסמכ״ד כיון שנתארסה ודאי תנשא לו כי אם תחזור בה בידו שלא לגרשה ותשב עד שתלבין ראשה ואיתא בכ״ד כיחא לה וטב למיתב ט״ד וכדאיתא ר״פ הא״מ ובר״פ חרש דף ק״ג.

ובשו״ת הו״י סי׳ כו״ן נתקשה במה שעושין שטר סילוק לפני הקידושין וכותבין שקיבל עליו בשד״א דעדיין לא הועילו לענין יורשין דאין מחויבין לקיים שבועתו כדאיתא בחו״מ סי׳ ר״ע בהג״ה ותירץ דה״ד לענין התחייבות ולא לענין סלוק ואינו מובן הסילוק ולפימ״ש א״ש דבחו״מ סי׳ ר״ע דלריך הקנאה ובדשלב״ל א״י להקנות וגם שבועה אינו עושה קנין כדאיתא בריב״ש ובסמ״ע ס״ס ר״ז ובש״ך שם משא״כ סלוק דמהני בדשלב״ל דאינו הקנאה רק יש בו משום אסמכתא וכיון שנשבע אזדא אסמכתא ממילא גם יורשיו הייבין לקיים סלוק מורישם דא״ל השבועה רק להורות שגמר בכל לבו להסתלק ואינו פטומי מילי.

בשו״ת גאוני בתראי סע״ז כתב אלמן שנשא אלמנה וקודם חופה סלקה לו מה שהבטיחה לו ושיירה לנפשה סך קלוב שלא יהא לבעלה חלק בו וקנה קנין ע״ז ואחר הנשואין בא אביה ותבע חתנו שיתן לה כתוב ומתוס שאין לו חלק בזה וזה החתן ע״ה ואמר אף בהקנתי בק״ס לא אתן כתוב ומתוס ופסק הטו״ז אף דהסלוק ל״מ לפני קידושין ואפילו בקנין מ״מ כיון דהבעל סובר דמועיל הסלוק הוי כנכסים שא״י ומחויב ליתן לה כתוב ומתוס כי סתם קנין לכתיבה עומד ותמה הסב״מ בס״ק ח״י דאפילו בקנין אם מוחה לכתוב אין כותבין בע״כ כמבואר בחו״מ סי׳ ל״ט ס״ד ואפילו למ״ד התם דכופין אותו לכתוב הייכו היכא דהוי קנין טוב המועיל אבל קנין הסלוק דקודם אירוסין דאין בו ממש היכא כימא סתם קנין לכתיבה עומד כמ״ש הסמ״ע סי׳ ל״ט סק״א את״ד ולפימ״ש מהרי״ט בחו״מ סכ״ט דשטר הודאה כופין לכתוב דאינו כמו שטר מכירה או שט״ח דזולא

בו מלתא שמוכר שדות או שהוא בע״ח עיי״ש א״כ ה״נ אינו שטר מכירה ולא שט״ח רק הודאה שאין לו חלק במה ששיירה לעלמה.

ובלאה״נ דבשלמא בהך דחו״מ סל״ט הבריה ביד המלוה או הלוקח לבעל ההלואה והמקח ומחויב מוכר והלוה להחזיר המעות משא״כ כאן דהנשואין ליתא בחזרה אף דע״ד כן נשאת אין תנאי בנשואין כדלעיל סי׳ ל״ח סל״ו ומשום שלא יהא בעילת זנות מ״מ לענין הממון לא, כמאל כדאיתא בפי׳ המדיר דף ע״ג דקידשה ע״ת שאין עליה מומין או נדרים ונכנסה סתם לריכה גט ופטור מהכתובה וא״כ ה״נ כיון דא״א לבטל הנשואין ממילא כופין אותו ליתן לה כתוב ומתוס כיון דקנו מידו וסתם קנין לכתובה עומד ע״ד כן נשאת לו והוי כמו אלון לה ע״מ שתתן לך מאתיים זוז דאין תנאי בחליצה אפי׳ לא יתקיים התנאי לא יתבטל החליצה ומ״מ מחויב ליתן לה כיון דנתקיים החליצה מחויב מה שקיבל עליו כדאיתא ביבמות דף ק״ו ול״ד למ״ש בתו״ג סי׳ קמ״ג ס״א דאם המגרש התנה לפני הגט שתתן לו כך וכך ולא התנה כהלכתו דהתנאי בטל והגט גט דהבעל אפסיד אנפשו שהיה יכול להתנות כהלכתו והיה תלוי קיום הגט בתנאי דהאשה יכולה לומר רלוני היה שהברירה יהיה בידי שלא להתגרש ולא לקיים התנאי משא״כ בחליצה דע״כ נשאר החליצה קיים עיי״ש דה״כ כיון דאין תנאי בנשואין אינו י״ל רלוני היה שהברירה יהא בידי לבטל הנשואין שו״ר בתומים סי׳ ל״ט סק״ט הוכיח מתשובת הרא״ש סוף כלל כ״ז דאם לוה או מוכר אין מחזיר המעות כותבין העדים שטר בע״כ דלאו כל כמיניה שלא יחזיר המעות וימנע לעדים מלכתוב עיי״ש וא״כ ה״כ כיון דא״א לבטל הנשואין.

אמנם לפ״ז קשה דהא תוספת בר״פ הכותב בקד״ה כדר״כ הקשו בלא דר״כ למה לא יוכל להסתלק כמו בע״מ שאין לך עלי שכו״ע דבדבר שבממון תנאו קיים ותרלו כיון שאומר לה דו״ד אין לי עליך בלא דכך תנאי ועוד דלאשה איבעי לה להתנות ומתנה הבעל ה״ל פטומי מילי בעלמא עיי״ש ואם כימא דע״ד כן נשאת הק״ל ועכל״ל דלא דמי למלוה ולוקח דאם מוחה מליתן שטר דהדר המעות דאכן שהדי דלא שדי איכם זוזי בכדי וכיון דקנו מיד לוה ומוכר ודאי רק ע״ד כן נתנו מלוה ולוקח המעות משא״כ איתתא דבכל דהו כיחא לה אפשר גם בלאו הסלוק היתה נשאת ולהכי לא התנתה בתנאי גמור ואפשר לתרץ עפימ״ש הסמ״ע בסי׳ רמ״ז ס״א סק״ד אע״ג דודאי דעתו היה שגם בנותיו יטלו חלק דאל״כ למ״ל להתנות פשיטא דבניו אחרונים יטלו חלק כראשונים מ״מ כיון דמן הדין אין לבנות במקום בנים כלום אין לעקור נחלה דאורייתא אם לא שיתנו בפירש לאחרים בלשון מתנה וכ״כ בתשובת הרא״ש כלל פ״ד ס״ד והובא ברמ״א חו״מ סי׳ רפ״א ס״י דלא אזלינן בתר אומדנא למיעקר נחלה דאורייתא וא״כ ה״כ י״ל דלא אזלינן בתר אומדנא למיעקר תק״ח וכ״ז אם דכין שיועיל הסלוק אבל בנידון הטו״ז דהוי כנכסים שא״י דבזה לא תקנו חכמים וגם אין דכין אם יועיל הסלוק דבלא״ה כבר הועיל כיון דהוי כנכסים שא״י אלא דכין אם מחויב ליתן כתוב ומתוס לזכרון ולא״ה בעלמא שפיר אזלינן בתר אומדנא דאדעתא דהכי נשאת ומחויב ליתן לה כתוב. ולמתוס ועיין ר״ן פרק הכותב דפ״ז בד״ה תניא אבא שאול וא״ס״ז ורא״ש שכתבו דאין עוקרין מפני לשון המתוס תקנתא

דרבנן

דרבנן אף דידענו כונתו ומשמעתו ומלינא יש לדון כמשמעותו.

עוד תמה האב״מ כיון דבנכסים שא״י אם נודעו לו זכה מיד בפירות ומשעה שנודע לו וא״כ איך יכופו שיתן כתוב ומחוס בשביל שא״י שמא יתוודע לו אח״כ עפ״י בקיאים בדינים שאין שלוקו שלפני האירוסין כלום ויהיו נכסים ידועים ולהשיא עלה לאשה שתמכור או תתן הנכסים לאחר אסור גם בנכסים שא״י וכמבואר בגמרא וטוש״ע לעיל סי׳ לד״ק שלא יפקיד הירושה וכיון שאין לה למכור וכשיתוודע לו יהיו נכסים ידועים האיך יכופו לזה שיכתוב ויחתום לה שטר סלוק את״ד ולק״מ דודאי אין לכופו שיכתוב שנסתלק עתה אחר הנשואין בקנין אלא דברים כהוייתן שנסתלק קודם האירוסין וא״כ אם יתוודע לו ע״י בקיאין בדינין יתבע הפירות ממה שיירה וא״א לה לאמלט רק בהראותה השטר ונחזי דהדין עם הבעל דהא קי״ל בפי״ג דף קנ״ח ע״ב הלכתא אין חוששין לב״ד טועין וכ״פ בטוש״ע חו״מ סי׳ מ״ו ק״ח ועיי״ש בסמ״ע ס״ק כ״ז כ״ש הכא דאם יתוודע לו עפ״י בקיאין אם יטעו הב״ד יעורר אותם וגם יוכיח על פניהם ע״י הבקיאין בדינין.

סימן צ״ג

ס״ן ב״מ בלוס עיין ב״מ הקשה הא מזונת דשאב״מ ויש״ק כתב דהוה ספק אי כונתו דמניח לה נכסיו למזונות והוי כדקל לפירות וכיון דנכסים בחזקת אלמנה לענין מזונות וכיון דהספק אם איבדה מזונות כשתבעה כתובתה או גבתה הוי כספק פרעון את״ד ואינו נכון חדא לפימ״ש המל״מ פח״י מה״א ה״א דדוקא ביתומים אומרים נתננו הוא דאמרינן נכסי בחזקתה קיימו לא בספק ומ״קרא אם יש לה מזונות כגון פלוגתא כשתבעה כתובתה מחמת אונס עיי״ש ועוד גם לדעת מהרש״ך בשמל״מ שם דגם בהך פלוגתא מליא האלמנה לומר קי״ל היינו משום דודאי היה לה מזונות עד שתבעה והספק עכשיו אם נפטרו היורשים מן החיוב של תק״ח אבל בש״מ שאמר אני מניח דאנו באין משום דמניח הוי מתנה כמ״ש הריב״ש אבל מה שהיה לה מזונות מתק״ח ודאי אבדה וכיון דיש ספק אם נקנה לה משום דהוי דבאב״מ הוי ספק במתנה אם חל ועליה הראיה.

אבל מ״ש כיון דבלא״ה הנכסים בחזקתה לענין מזונות א״כ ממילא המתנה חלה על הנכסים דהם בידה מכבר וא״ל לשון המועיל בבריא בזה עכ״ל הנה אף דבא במוסגר הרשד״ס בסי׳ שכ״ג כתב סברא זאת במוחלט ותקע בה יתדות לענין אם לוה שתדור אלמנתו או אחותו שכבר דרה בהבית תדור עוד כל ימי חייה וכדומה ולכאורה ראיה לזה מתשובות הרא״ש כלל פ״ג ק״א דנשאל על מוואת שצ״מ שתדור אלמנתו בביתו ותטול אלפים זוז אם נוטלת גם כתובתה נוסף על האלפים זוז ולא השיב על הדירה כלום דהוי דשאב״מ ועמד הב״מ בזה ולפי דברי רשד״ס א״ש אמנם בא״ה״ע סי׳ ר״ב סק״ג הביא ג״כ דברי הרשד״ס והביא חולקים לכן הוי ספ״ד ואין לה מזונות רק אם תפסה דמליא לומר קי״ל וגם זולת סברת רשד״ס הוי ספק״ד עיין בהו״מ סי׳ ר״ב בטו״ז וקמ״ע.

אמנם מאד קשה לדחות דברי הריב״ש בהנחה קוברת דהלוואה קיימת אף בדבר שאב״מ וליתא בבריא כלע״ד לפימ״ש הריב״ש בסי׳ ר״פ דאם נדר שלא לעשות מחמת שקיבל טובה מחברו אף דהתירו לו הנדר עדיין נשאר בחיוב על הדבר ההוא ואף שהוא דבר דלא שייך בו קנין הוי כמו בכיר שהרי אם יתרו נתן בתו למשה בתנאי שלא ילא ומשם ושישבע לו על זה אף אם הותר מן השבועה שלא מדעת יתרו עדיין הוא מחויב לקיים תנאו כיון שקיבל טובה ממנו בעד זה את״ד והובא במל״מ פ״ו מהל׳ שבועות ה״ז וכהי דהמל״מ חולק עליו כיון דאין לו ראיה לא נכיא דברי ריב״ש בשבילו וא״כ בלוואה הנזכרת ודאי איתא בבריא אם מאות קבלת טובה מפלוני אומר שיאכל פלוני פירות דקל זה דזוכה משום שכירות וה״כ רולה השכ״מ שלא תנשא אלמנתו והיא כבודו עיין פרש״י בגיטין ל״ה בד״ה אין ואף אם גבתה כתובתה או תבעה כתובתה מ״מ כבודו הוא אם אינו נשאת לאחר והאשה אם נשאת יש לה מזונות מהאחרון וכדי שלא תמהר להנשא לאחר משום מזונות לוה שתזון מעזבונו דכל אשה עומדת להנשא ואיתא בכל דהו כיחא לה ובר״ן פרק שני דייני הביא בשם הרשב״א שהוכיח בראיות דמפרנס חברו או מהנהו סתם לא תלינן במתנה ומחויב לשלם לו והסכים עמו הר״ן וה״כ סתמא לא תלינן במתנת חנם אלא כדי שלא תמהר להנשא ובשביל זה מניח לה שתזון מנכסיו וכ״ש הכא דהא קי״ל כל שיש ספק בשטר אם יתבטל השטר לגמרי אמרינן יד בעהש״ע על עליונה ודנין כונת הנותן לטובת המקבל וכמ״ש הריב״ש בסימן ת״פ שם וה״כ דנין כונת המלוה שתזון מנכסיו בשביל שלא תנשא דאזי אף שהוא דשאב״מ מ״מ חל הלוואה מתורת שכירות ואין לסהור זה מחמת מ״ש בתמ״א פח״י משכירות דאומר לחברו הכנס בביתך היום ואתן לך חלק ממה שאוויה דאין בו משום שכירות דשאני הכא דהמלוה יש לו הנאה מזה והפסדה ברור כשלא תנשא ואא״ל אפשר לא יזדמן לה להנשא מ״מ על ספק זה נכנס המלוה דאזי נכון לבו בטוח יותר שלא תמהר להנשא וכ״ש דא״ש מה שלא השיב הרא״ש בכלל פ״ג ק״א על הלוואה שתדור בביתו דהוי דבר שאב״מ כיון דלוה שתשתדל בעניני היתום כ״ז שתדור בביתו א״כ יש בו משום שכירות ומ״ש הריב״ש דמניח הוי לשון מתנה לאו דר״ל מתנת חנם אלא לאפוקי דלא הוי לשון ירושה דאז אם לוה על מי שאינו יורש שירש לא אמר כלום ובירושלמי ס״פ נערה איתא אנשי גליל שהיו כותבין אנת תהא יתבא בביתי ומיתזנא מנכסי כל יומי מיגד אלמנותיך חסו על כבודן ולא חסו על ממונן ופירש הפ״מ שהוא לכבוד להם שתשב בביתו ותזון מנכסיו וכ״כ הרא״ש בפרק אלמנה סס״ג ובתרגום רות על כאשר עשיתם עם המתים דסרבתון למסב גוברא בתר מותיהן ועיי״ש בפרש יפ׳.

ובה״ם חאה״ע סי׳ ק״ס כתב באחד שלוה לבנו שיספיק לרכי אשתו כל ימי חייה עמו בביתו ומדכתב כל ימי חייה משמע אפילו כשתנשא לאחר ואעפ״י שאמר אשתי משמע כ״ז שהיא אשתו י״ל אשתו שהיתה כבר אך כיון שזה דבר שאין ממש בעלה השטר לוואה את״ד והוא דבר זר שילוה ליתן לה מזונות ודירה כשתנשא לאחר ויהא לה מזונות משני ועוד לא לוה שגם בעל שני ידור עם בנו בביתו ואיך תדור האשה בביתו ובעלה השני במקום אחר ולפימ״ש כיון דיש לפרש עכ״פ כמי אשתי ולא כשתהא אשתו של אחר ע״כ נ״ל כן דאם נפרש כן יועיל הלוואה מטעם שכירות שלא תנשא לאחר וכבודו שתזון ותדור בעזבונו משא״כ אם נפרש גם כשתנשא לאחר יתבטל השטר לוואה י״ל יד בעהש״ע על עליונה.

וצ"ע אומן שאמר לחברו אומן שישב בטל איזה זמן וישלם לו כו"כ והתחיל לישב בטל וחזר בו המשכיר דבחה"מ פ"ט משכירות הלכה ד' כתב דאם שכר פועלים והלכו לעשות נתקיים ביניהם השכירות שכירות פועלים נגמר בהתחלת מעשה עיי"ש אם דוקא בהתחלת מעשה ממש או אפילו בלא מעשה אם כל עלמן של השכירות בעד מה שלא יעשה דאם נאמר כן הרי ליתא בבריא דאם אמר לחברו שב ואל תעשה ויהא שכרך אכילת פירות דקל פלוני המשכיר יכול לחזור גם אחר שהתחיל לישב בטל מלשלם על העתיד ויותר נראה כיון שלזה נשכר לישב בטל זהו מלאכתו והרי התחיל במלאכה שנשכר.

אמנם בפ"ק דב"ב דף ע"ת איתא הנהו תרי טבחי דעבדי עניינא בהדי הדדי דכל מאן דעביד ביומא דחברייה נקרעוהו למשכיה אמר שם דהיכא דאיכא אדם חשוב לאו כל כמיניהו דמתני ולכאורה למה לא יתחייב כל חד בתורת שכירות לישב בטל ביומא דחבריה כיון דחברו ישב בטל ביומו וכהי די"ל דלקרוע למשכיה אינו רק קנס ועוד משום פסידא דלקוחות וכמ"ש בחידושי רמב"ן אבל רמב"ן כתב שם דאפילו ליכא אדם חשוב וגם ליכא פסידא דאסריכי דוקא דמתני כל טבחי דמתא אבל תרתי תלתא במאי קני וכן מה דתני בתוספתא רשאים הכתחומין לעשות רגיעת ביניהם ר"ל לא תמכור ברגעי ולא אמכר ברגעך נמי דוקא בתנאי כל כתחומין וכ"מ בספר השטרות להרב אברלולוני עיי"ש הרי דלא קני ולא אמרינן בשביל שזה יושב בטל ביומו של אידך נתחייב אידך לישב בטל ביום אחר בתורת שכירות ול"ע וי"ל דאה"כ אחר שכבר ישב אחד בטל נתחייב השני משום שכירות לישב ג"כ בטל ביום אחר אך כיון דמשמע מיד שהתנו חל התנאי ואין יכולין לחזור לכן דוקא בתנאי כל אומני העיר וכן משמע ברמב"ן שם בהך דכל מקח שיבא ליד אחד נהא כולנו שותפין דכתב דיכול לחזור קודם שקנה מש"ה דוקא בהתנו כל אומני העיר מועיל התנאי עיי"ש ובפרק איזהו נשך דף ס"ח ובפרק עד כמה דף כ"ט דאיתא בגמרא דכועל שכרו כפועל בטל פרשו תוספת ורא"ש דאומדין כמה רולה ליטול פועל כדי ליבטל ממלאכתו לגמרי ולישב בטל וכן פירש ב"י ביו"ד סי' קע"ז הרי דשייך שכירות בעד שירלה לישב בטל וממילא אם התחיל לישב בטל הוי כהתחיל במלאכתו ואין המשכיר יכול לחזור בו.

והב"מ בחו"מ סי' רכ"ג סכ"ו הביא בשם הריטב"א ובד"מ סי' זה הביאו בשם הרשב"א דשכ"מ שלוה אם תשב אשתו עם בניה שיתנו לה פירות כל נכסי הבנים שיתפרנסו מהם היא והבנים ומוכח שם דמחויבים ליתן לה גם הפירות שיגדלו אח"כ והרי הוי דשלב"ל וליתא בבריא וע"כ דס"ל כמ"ש הריב"ש שו"ר בפ"ת לחו"מ סי' קע"ו ס"ג סק"ד הביא משו"ת ב"ד אם הבטיח שכר בעד שימנע מלעשות אף שמדרך ליתן שכר בעד זה ל"ד לשכירות פועלים ולא נקנה בלא קנין וראיה לזה מכתובות דף פ"א ע"ב דבעי אחוה למפסל ליבמה בגט א"ל מה דעתך משום נכסי אנא בנכסי פלגינא לך ואין הספר אללי ולכאורה משם ראיה להיפך דהא א"ל משום דהיכא דאמרו רבנן דלא ליזבן ליה זביניה זבינא היה לריך ליתן לו חלי נכסי אלא דפרש"י דקנו מידו אך שא"ה דתלוה בגדול לייבם וזה שרלה לפוסלה בגט רלה לעשות שלא כדין וליכא משום שכירות גם י"ל משטה א"ב וכדליתא בחו"מ סי' פ"א ס"א בהג"ה ועיי"ש בכה"מ ובטו"ז לקמן סי' קס"ה סק"ג ובתוס' כתובות שם דף פ"ב בד"ה ופומבדיתא.

סי"ד שתי שנים דעת הרא"ש דלא הפסידה בשתי שנים אלא כשהיא עניה ופרולה וכתב ב"ש כי בשם איכא שתי תירולים לתירוץ אחד עניה הפסידה כששהתה שני שנים ולתירוץ ב' הפסידה בשתי שנים כשהיא פרולה וס"ל להרא"ש דהיא מוחזקת לכן לא הפסידה רק בתרתי לריעותא את"ד ולפ"ז דוקא כ"ז שלא נשאת כבסמוך סע"ו אבל אם אחר שניסת תבעה בעד השתי שנים שמקודם שניסת היתומים מוחזקים אמנם ברא"ש סתם ולא הזכיר מפני שהיא מוחזקת ונראה טעמו כיון דמחמת אומדנא שלא תבעה ודאי מחלה אין להפסידה רק באומדנא ברורה דכל שאינו ברור לא אזלינן בתר האומדנא וכמ"ש הרא"ש בפרק מי שמת סכ"א וכ"ג דהיכא דמס"ל לא אמרינן אומדנא ומוליאין ממון אף דהוי ספק ולפ"ז בפרולה עשירה דהן לדעת הרמב"ם הן לדעת הרא"ש לא איבדה מזונותה בשתי שנים אפילו תבעה אחר שניסת הדין עמה.

סט"ז יהא קרקע פלוני במזונות ושתקה אין לה אלא פירות אותו קרקע לבד ובדרישה הקשה מ"ש מהא דבחו"מ סי' רכ"ג דאם לוה שכ"מ ליתן מאתיים זוז לפלוני בע"ח או לאשה בכתובתה ידה על עליונה דאם כתובתה יותר כיטלת כתובתה אף דשתקה וכדלקמן סי' ק"ט וכ"ל דמקרא מלא במשלי י"ז טוב פת חרבה ושלוה בה מבית מלא זבחי ריב וה"כ אם תסתפק מהקרקע לא יהא לה ריב עם היתומים משא"כ אם תתפרנס מן היתומים יאמרו שאוכלת הרבה וכעובדא שבגמרא ס"פ נערה לכן אמדוה רבנן כששתקה מחלה להכה כתב בהגהות על שו"ת מהר"ח. א"ז סי' כ"ג דהיכא דבלא שתיקתו יש להסתפק דיתרלה י"ל כששתק מתרלה ודאי עיי"ש וכ"ל טעם לדבר דקי"ל בקידושין דף ס"ד ע"ב לא מחית איניש נפשו לספיקא לכן ה"כ אם יש להסתפק דנתרלית משום טוב פת חרבה ושלוה בה אם איתא דלא נתרלית לא הוה לה לשתוק למיחת נפשה לספיקא אלא ודאי נתרלית משא"כ בכתובה ובע"ח אין להסתפק שיתרלו לפחות מהמגיע להם לכן שתיקה לא הוי מחילה.

סימן צ"ה

ס"ה למלמה עלמה והותירה ממזונותיה הכל ליורשים כ"כ רמב"ם פי"ח מה"א ובהשגות כתב דבירושלמי ר"פ אלמנה ניזונת אלמנה שמליאותה שלה הותירה מזונותיה שלה ובירושלמי ס"פ אעפ"י איתא דמזונותיה אם הותירה של יורשים ושתי המימרות בשם ר' יוחנן והה"מ הביא מהרשב"א דש"ס בבלי פליג מדלא אמר אביי בס"פ אעפ"י וחלופה באלמנה עיי"ש לפימ"ש לעיל סי' עיי"ן ס"ג כיון דנותן לה מזונות רק הלריך לה אף דלמלמה והרעיבה עלמה יש בו משום יאוש אלא לו יהא דבעלה נתייאש והוי כמלאה אבדה אחר יאוש מ"מ הוא של בעלה אבל אלמנה דמליאתה לעלמה ה"כ מזונות שהותירה שלה וזה דמדמי לה הירושלמי למליאה דלכאורה מה ענין זה למליאה הא כיון דאין חיוב על היורשים רק ליתן לה מזונות לאכול ממילא מה שהותירה נשאר ליורשים אך זה ביורשים גדולים אבל ביתומים קטנים דלא מהני יאוש דהו לאביי בב"מ דף כ"ב ע"ב דהוי יאוש שלא מדעת וליכא דמה שהותירה הוא ליורשים ולכן לא אמר אביי

וחלופה

ומלופה באלמנה דאינו מלתא דפסיקא ומדינא הוא של יורשים רק ביתומים גדולים מצד אחר זכתה מטעם יאוש וגם אם המזונות שפסקו לה לא בא לידה כגון שפסקו לה ליקח משכירות בתים או פירות כו״כ ולא לקחה דהמותר לא בא לידה לא מועיל יאוש כמ״ש מלחמות בפרק אלו מציאות דיאוש ל״מ אם האבדה מונח ברשות בעלים ואין סתירה ג״כ בירושלמי דודאי מדינא הוא של יורשים אלא בר״פ אלמנה ניזונית אמר אם מה שהותירה הוי מציאה כגון שהיורשים גדולים ונתייאשו ובאו המזונות לרשותה אזי הוא שלה כיון דהיורשים הסיחו דעתם הרי אבודה מהם ובהיתר מצאה האלמנה והא דאמרינן בב״ק דף קט״ז אדעתא דאינשי אפקריה אדעתא דכ״ע לא אפקרה היינו משום דנעשה נס לר״ש כמ״ש במרדכי ורא״ש שם אבל אנ״ה הוי יאוש כיון דנתנו לפני ארי׳ לאכול אסח דעתיה כמבואר שם.

מבי״ט ח״א סי׳ ש״ב כתב דוקא שצמצמה ונשאר בידה אבל אם צמצמה עצמה ממה שפסקו לה הב״ד והאכילה לבניה ממה שהיתה צריכה ליתן לתוך פיה הוא שלה והובא בבאה״ט ולא ראיתי שם טעם ומספיק ויש קצת הסברה עפימ״ש המג״א סימן ת״כ סק״ב דדבר העומד לאכילה כשמאכיל לעכו״ם ונהנה ממנו ה״ל כאלו ישראל נהנה ממנו לכן ה״נ הוי כאלו נתנה לתוך פיה ובכח הנאה שאכלו בניה הרעיבה עצמה.

ס״ז ראו מה שהניח לי בעלי ואביא לעצמי דעת רשב״א בתשובה דמטלטלין דנגזלין הבבה לעצמה כמ״ש בב״י וכ״ל מה דש״פ לא מחלקי בהכי דס״ל כיון שאמרה מה שהניח לי בעלי אין דעתה לגזול רק טעמה כיון דיש לה כתובה ומזונות לגבות מאותן נכסים דלכן אמרה הניח לי בעלי לכן לא קנתה וכמ״ש תוספת פרק המקבל דף קט״ז בד״ה חייב משום דאף לאביי דס״ל אי עביד מהני מ״מ אם נטל כלי או״כ בטעות חייב להחזיר דה״ל זכיה בטעות והובא בשע״מ סי׳ ל״ז סק״ג.

סימן צ״ו

ס״א אלא בשבועה בשו״ת הרא״ש כלל פ״ה ס״א כתב נזקקין לנכסי יתומים קטנים לכתובת אשה שכבר נשאת דהאידנא דאנו מגבין כתובות לכל יורשי האלמנות שנתקדשו ולא חיישינן לצררי דאנו סומכין על תירוץ הר״ש דהיכא דמת פתאום ולא צוה לביתו ל״ח לצררי וכן היה דן ר״ש ז״ל כי האידנא כתובות נשותינו מרובות ולא שכיח האידנא התפסת צררי ובכלל ל״א סוף ס״א כתב אם לא נשבעת האלמנה על כתובתה ועל נדוניתה שלא גבתה מהם כלום וגם לא פטרה בעלה מן השבועה כולא כשמתה פקע שעבודה מן הנכסים דיורשיה אין יכולין לגבות מכתובתה ונדוניתה כלום כיון שנתחייבה שבועה ולא נשבעה דא״א מורים שבועה לבניו עכ״ל ועמד בשו״ת דרכי נעם בחאה״ע סכ״ה דתרי התשובות סתרי אהדדי והנ״ל דדוקא כתובות שהבעל מתחייב בחנם ואפילו יותר ממה שיש לו זה לא שכיח להתפיסה צררי כיון דהכתובה מרובה ולפעמים אין לו כ״כ או יש לו וצריך לו למשא ומתן להרויח בהן משא״כ נדוניא מה דהכניסה לו שכיח טובא שהנדוניא מעט דעניים שכיחי יותר מעשירים וגם אינו חיוב חנם לכן יש לחוש דאתפסה צררי וגם אפשר משום דהאשה דואגת שלא יאבד מה שהכניסה לו ומשום שלום בית מתפיס לה נדוניא שלה או מחירה לכן אם האלמנה תובעת נדוניא מחויבת לישבע וממילא חייבת לישבע גם על כתובתה משום גלגול אף דלא שכיח בזה התפסת צררי במדינת הרא״ש ועיין טו״ז חו״מ סי׳ ל״ד ס״ו אף דבר שלא היה מחויב אפילו היסת משום דלא שכיח שלא יהא קול מ״מ ע״י ג״ש חייב לישבע.

לכן בכלל ל״א דקדק וכתב א״ל נשבעת על כתובתה ונדוניתה אזי א״א מורים שבועה לבניו דאף בג״ש אמרינן א״א מורים שבועה לבניו כיון דהאלמנה נתחייבה השבועה גם על הכתובה משא״כ בכלל פ״ה לא זכר רק כתובתה וכיון דבמדינתו לא חששו לצררי על כתובה גם יורשיה גובין כתובתה והא דבשו״ת הרא״ש כלל ע״א ס״ד כתב אם פטר המלוה את הלוה משבועה ממנו ומיורשיו גובין בני המלוה מיורשי הלוה אף אם המלוה נתחייב ללוה שבועה על עסק תביעה אחרת ה״ט דהרא״ש לשיטתו שבפרק הכותב סח״י דנאמנות פוטר גם מגלגול שבועה וכ״כ בביאור הגר״א בחו״מ סי׳ ק״ח ס״ג אות כ״ד אבל אם היה מחויב מחמת ג״ש לא היו בניו גובין ויבוא הד״כ לא נראה כלל למעיין שם.

ולפ״ז מ״ש הב״ש דכ״מ וכל״ב נוטלת בלא שבועה אפילו כשאינם בעין להתירוץ של התוספת דל״ח לצררי רק מה שנוטלת מתקנת חכז״ל דוקא אם אינה נוטלת מנה ומאתיים אבל אם באה ליטול גם מנה ומאתיים וחייבת שבועה מגלגלין עליה שבועה גם על כ״מ וכל״ב ואף דבחו״מ סי׳ ל״ד כתב דעל טענת ספק של התובע אין מגלגלין אא״כ יש רגל״ד הא מסיק התומים שם ס״ב דדוקא אם עיקר השבועה בא מכח טענת ברי ורוצה התובע לגלגל עליו טענת שמא אזי צריך רגל״ד אבל אם עיקר השבועה מחמת שמא של התובע מגלגל עליו עוד טענת שמא בלא רגל״ד ול״ע תינח אם האלמנה אינה מוחלת עיקר הכתובה ומחויבת מחמת ג״ש גם על נדוניתה ליטול שתיהן אבל יורשיה למה יפסידו הלא יאמרו כיון שאין נוטלין עיקר הכתובה הוי כמשלם עיקר השבועה וליכא גלגול על נדוניתה אלא דבתומים בסי׳ ל״ד ס״ג כתב דד״ז אם משלם עיקר השבועה נפטר מהגלגולים במחלוקת שנוי עיי״ש והביא כן מהירושלמי דאפילו משלם עיקר השבועה והגלגול שבועה ע״י טענת שמא של התובע מ״מ לא מפטר ועיי״ש בשע״מ סק״ה ולפימ״ש ביסוד סתירת תשובת הרא״ש מוכח נמי הכי דהרי כתב דאין יורש של האלמנה נוטל הכתובה והנדוניא והא על הכתובה ליכא רק ג״ש מחמת הנדוניא וקני שיפסיד היורש הנדוניא אע״כ דגם האלמנה לא היתה נפטרת מהשבועה על הכתובה אף שתמחול הנדוניא אחר שנתחייבה שבועה לכן היורש דתובע הנדוניא ג״כ אמרינן כיון דכה״ג היתה האלמנה מחויבת שבועה גם על הכתובה א״א מורים שבועה לבניו.

ב״ש סק״ד הביא מתשובת ש״י כשיש בע״ח על אביהם יכולים היורשים לומר לא ניחא לן בשבועת אמנו כי השבועה תקנו חכז״ל לטובת היורשים וי״ל לא ניחא לן תקחז״ל וישוע״ק הוכיח מדברי רמב״ם דלא כוותיה ולי נראה דדוקא לרמב״ם דפסק כתובה דרבנן בפ״י ה״ז מה״א וכתב הטו״ז בס״ק ט״ז דלא תקנו אלא אחר השבועה ואין שום חוב בלא שבועה דעיקר תקנת הכתובה לא היתה אלא אחר השבועה וא״כ

לת״ל

למ"ל א"א בתק"ח שתשבע כיון דלא תקנו בלא שבועה ויש סעד לדברי הטו"ז דהא כל התקנה שתקנו כתובה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה לא הוצרכו לתקן שתטול בלא שבועה דכיון דבשבועה נוטלת תו לא הוה קלה בעיניו להוציאה וא"כ לדעת ר"ת בתוס' פ"ק דכתובות דף יוד ע"א דכתובה דאוריי' יכולים היורשים לומר א"א בתק"ח דכשמוחזקים אפשר י"ל קי"ל כר"ת וסייעתיה כי ר"ת לאו יחיד בד"ז דרבים עמדו כמ"ש בשד"ח מאה"ע סי' קכ"ז.

ועוד אפשר דוקא אם היורשים בעצמם אומרים א"א בתק"ח אבל אנן לא טענינן להו לחוב לבע"ח או לשטמ"ז אך ברא"ש פ"ק דב"ק דף ח"ת ס"ג כתב דא"א בתק"ח אף אי לא טעין כגון זה פתח פיך לאלם' וטענינן לו אולם מהרי"ט שו"ת סי' יו"ד כתב דלא כתשובת פ"י.

ב"ש סק"ח ומשמע מתשובת רי"ף הכ"ל אם הבעל טוען עמה אחר הגט ואומר כתתי לרכי קודם הגט א"י להשביעה אע"ג אם היה אומר פרעתי אחר הגט היה יכול להשביע אין אומרים מגו להשביע עכ"ל כן נמי כתב הגד"ת בשט"ז אבל כתב עוד די"ל דהרי"ף איירי דתיכף אחר הגט טוען הבעל כן ואין לו מגו עיי"ש ולפימ"ש טו"ז בחו"מ סי' רל"ו בטעם דאין אומרים מגו לאפטורי משבועה משום דכל היכא דאיכא לברורי מבררינן דלא עדיף מגו מרוב א"כ אלא דמיון הגד"ת כמו דאין אומרים מגו לאפטורי משבועה כן א"א מגו להשביע גם טעם הלבוש שתפס הש"ך בחו"מ שם לעיקר למה אין אומרים מגו לאפטורי משבועה לא שייך במגו להשביע.

וי"ל גם אי איירי הרי"ף שטוען עמה הבעל אח"ז וי"ל מגו מ"מ ה"ע דאיכו כאמן במגו להשביעה דחזקה דאא"פ תו"ז עדיף ממגו דהרי חזקה זו מהכי להוציא אפילו מע"פ ומגו לא מהכי להוציא והא דבעי בפ"ק דב"ב במגו במקום חזקה ולא איפשטא ואיפסק הלכתא בחו"מ סי' ע"ח דפטור הלוה ה"ע כיון דחזקת ממון דלוה במע"פ מסייע ללוה דהכי דחזקה דא"א פת"ז מהכי להוציא כשאין ללוה מגו אבל כשיש ללוה מגו מחלים קלת החזקה ול"מ להוציא אבל בשטר או כתובה חשוב מלוה ואשה מוחזקין אף דקי"ל כב"ה דלאו כגבוי מתם הוא כמ"ש בתשובת רמב"ן סי' קוף והובא דעתו בחו"מ סי' מ"ד ס"ו וכ"כ האחרונים כמי דקי"ל שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי מ"מ לוה לא חשוב מוחזק והמלוה לא חשוב מוליא וא"כ ממילא פטור המלוה או האשה משבועה דהחזקה דא"א פת"ז עדיף ממגו כשאין הלוה מוחזק וכן מלאתי באס"ז ריש ב"ב שכי' מהגליון תוס' דחזקה אאפת"ז עדיף ממגו דמגו ל"מ להוציא וחזקה זו מהכי להוציא והבעיא אי מהכי מגו במקום החזקה משום דמסייע חזקת ממון להמגו ועיין תומים בקונטרס ת"כ אות ק"ל וכה"ת בדיכי תפיסה סכ"ד.

והתומים בכללי מגו אות ק"ח תירוץ קושית הגד"ת כי הפרעון ודאי כי האשה גובה בשטר כתובתה והשבועה ספק דהך הוא בעיא דלא איפשטא בגמרא אי טוען אח"ז פרעתיך תו"ז אם כאמן במגו ומספקא אין להשביעה את"ד ולא הבכתי תיכח אם האשה באת לפטור עלמה משבועה אבל הכא הבעל אומר אשתבע לי דלא"פ ואם הדין להשביעה איכה כפרעת ואיך כוליא מספק והרי הר"ן וכה"פ פסקו בפוגמת פחות מש"פ דהוא בעיא בש"ס הכותב דאיכה כפרעת בלא שבועה כדאיתא בסימן זה ס"ז ורא"יתי במהרי"ט ח"א סי' קכ"א כתב אפילו התובע מוחזק כגון מפקיד תפוס בנכסי כפקד ואומר השבע לי וטול פטור הכפקד משבועה ויליף לה מהרא"ש ס"פ הכותב דאר"ם כ"ז שהיא תובעת כתובתה יורשין משביעין אותה וכתב הרא"ש ז"ל כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אי הלכה כר"ש לא עבדינן עובדא לחייבה שבועה אעפ"י שהאשה באה להוציא לא מחייבינן לה שבועה מספק וכן הביא ברכ"י בחו"מ ס"ס כ"ה ולא הבנתי דהרא"ש קאמר שם אם איכה תובעת כתובתה לא מחייבינן לה שבועה וא"כ לא באה להוציא ומה יענה מהרי"ט להך דפוגמת פחות מפרועה והרא"ש עלמו פסק בפוגמת כתובתה בעדים דהוא בעיא דלא איפשטא לפיכך לא תפרע אלא בשבועה וכ"כ בקילור פסקי הרא"ש פרק הכותב סכ"ג דפוגמת בעדים או פחות פחות מש"פ לא תפרע אלא בשבועה ואם מהרי"ט ר"ל דתפיסה לא מהכי מ"מ זה לא כזכר בהרא"ש כלל ואפשר דייק מהרי"ט א"ל תבעה כתובתה אף שתובעת דבר אחר דבאה להוציא לא מחייבינן לה שבועה ומ"מ דחוק דכיון דהרא"ש אמר דלא עבדינן בה עובדא איך כעביד עובדא להוציא ממון מספק אף דלהרא"ש בפרק כילד הרגל ס"ב בכל ספ"ד ל"מ תפיסה י"ל ה"כ כיון דא"ל תפס פטור אידך משבועה בספ"ד תו לא מועיל תפיסה לחייב שבועה מ"מ מדברי הרא"ש בפרק הכותב אין ראיה ולדידן דפסקינן כהרמב"ס וסייעתיה דבספ"ד מהכי תפיסה י"ל ה"כ כשתפס י"ל לאידך השבע וטול ולכ"ע בבעל דמוחזק מעיקרא י"ל לה השבע וטול ועיין שו"ת הרא"ש כלל ע"א ק"ח כתב ג"כ דבפלוגתא אם חייב שבועה א"י להוציא בל"ש וכ"כ הש"ך בחו"מ סי' פ"ז ס"ח סק"ל וסי"ד ס"ק ל"ח.

אחר זמן מלאתי בפרח מט"א ח"א שאלה י"א בד"ה אלא דאי קשיא הקשה על מהרי"ט כמ"ש ותירץ דאם באה להוציא מהמוחזק ברשות לא תטול אלא בשבועה אף דיש ספק אם חייבת לישבע משא"כ אם באה להוציא מתופס שלא ברשות עיי"ש.

ה"ב שלא מחלה לו כתובתה ושלא מכרה כתב ב"ש אע"ג דאסור לשהות עם אשתו בלא כתובה מ"מ חיישינן שמא מחלה כגד היתומים בתנאי שאם יגרשנה ישלם לה הכתובה בגוף הקושיא תרלו בלא"ה דאפשר סמוך למיתתו מכרה או מחלה לו או שלא היה בדעתם לדור עוד ביחד אך דבר זה איתא במרדכי פרק נערה סי' קס"ג ותמה הפלאה דהא תוס' בפ' נערה דף נ"ט הוכיחו מפרק החובל דגם כה"ג אסור דאל"כ מה מסכי שם דף פ"ע האא דפריך המוכלת בבעלה לא אבדה כתובתה תמכור הכתובה לבעלה ומשני דהוי בב"ז.

ונ"ל כיון דמוכרת על ספק אם תתאלמן דאפשר תתגרש או תמות בחייו לא גמרה ומקנה כמ"ש רמב"ם פי"א מהלכות מכירה דדעתו סומכת שמא יהיה ושמא לא יהיה והוי אסמכתא והתוס' כתבו דבמוחלת כתובתה ל"ל דלא ידעה שתמות בחייו ולא מחלה משום דמ"מ קלה בעיניו להוליאה וידעה ומחלה ומכח זה הקשה ישועות יעקב על דברי המרדכי דתמכור או תמחול ע"ת אם תתגרש יתן לה כתובתה הק"ל דלא ידעה שימות בעלה קודם וכ"ל לפימ"ש כדב"ז ח"ד סי' ע"ר דקונה על הספק או יפסיד או ירויח לית בו אונאה כשלא אפשר לדעת עכשיו דדומה למשחק בקוביא שהסכימו רוב הפוסקים דקנה מה"ע וכ"כ

וכ״כ בכה״ת סימן רכ״ז סכ״ז ס״ק י״ט בדבר שמניחם א״א להם לידע אפילו עפ״י אומדנא לא שייך אונאה דלא נחית אדעתא דשיווי כלל ואינן רק כמשחק בקוביא ואיידי דבעי לקנות גמר ומקנה כמ״ש הטו״ז סימן ר״ט והובאו בפ״ת סימן ר״ט ולכן ה״נ לדעתם ליכא במכירת כתובה בטוה״נ משום אסמכתא דלא ידעה דמחלה דמסתמא המכירה על הספק דהקונה ירויח אם תתאלמן ואם תמות בחייו יפסיד דמי המכירה ואף אם תתאלמן ויגבה יותר מדמי המכירה מ״מ אפשר ריוח המתנת המעות יעלה הרבה דזה חשוב דמים כדאיתא בר״ם מכות אומדין כמה אדם רוצה לתן ויהיה בידו ובחו״מ סימן ע״ג ס״ב לכן שייך אללה איידי דבעי לקנות גמרה ומקנה על הספק ובמחילה דלא שייך זה י״ל לפימ״ש ריטב״א בפ״ג דנדרים דאסמכתא דלא גמר ומקנה לא שייך רק בדבר שהיה מוכרח קלת לעשות כגון מי שפרע מקלת חובו והשלים שטרו וכן במכירה דזוזי אנסוהו אבל בדבר שעושה ברלונו לבד ל״ל לא גמר ומקנה עיי״ש לכן במחילה כמי ל״ד לע״ת שאין לך עלי אונאה דהתם הוכרח למכור או לקנות משא״כ במחילה לבד אבל התם בחובלת בבעלה דאינה מרווחת כלום במכירת הכתובה לבעלה דהא אינה מקבלת שום מעות ואם לא תמכור בלא״ה אין לה מה לשלם ממילא נ״ל איידי דבעיא לקנות דמי המכירה גמרה ומקנה לכן א״י למכור רק בין תתגרש בין תתאלמן דאז ידעה דעי״ז תהא בעיניו להוליאה וגמרה ומחלה ע״כ משני דא״א דהוי בב״ז אך התוס׳ דפרק נערה דהקשו ככ״ל ס״ל כיון דב״ד מוכרין בע״כ דידה לא אכפת לן במה דלא ידעה ולא גמרה ומקנה והמרדכי י״ל דס״ל דמכירת ב״ד כמי לא מהני רק היכא דמהני מכירתה דב״ד כשלוחין של החייב וזה הוי כטעות דלכשתתאלמן איגלאי למפרע דכתובתה היה שוה הרבה יותר ממה שנמכר רק כשמכרה בעלמה במהיר כיון דידעה דאפשר יהא בזה טעות ותתאכה היא ואפשר יתאכה הקונה איידי דבעיא למקני גמרה ומקנה וכיון דמכירתה מהכי ב״ד כעשין שלוחין דידה בע״כ ועיין טו״ז בחו״מ סי׳ ק״ג ס״ד ותומים שם סק״ג. דהוכיחו מדברי רי״ף ורמב״ם וטור דב״ד שמכרו נכסי לוה הם רק שלוחים של לוה אף דמוכרין בע״כ של לוה הוי כעשאן הלוה שלוחים למכור בעד החוב לפרוע.

ובני אהובה פי״ב מה״א ס״ה תירן דלא ירלה הבעל לקנות ע״מ שאם תתגרש יתן לה הכתובה דזה חובתו דבעל דכך משל אם דמי חבלתו עשרה דינרין וקונה כתובתה מאתיים שלא ילטרכו יורשיו לפרוע לה וא״כ בזאת המכירה נפרע דמי חבלתו וא״כ הבעל שבידו לגרשה יחויב ליתן לה כל כתובתה בלא ניכוי דמי חבלתו משא״כ אם לא יקנה הכתובה אם יגרשה ינכה דמי החבלה וא״כ למה לו לבעל לקנות אדון לעלמו בתוס׳ דמי החוב את״ד ויש להוסיף עוד מהירושלמי ר״פ אע״פ מעיקה היא לו ומשבק לה פירש דיכולה ללערו עד שיגרשה עיי״ש ה״נ כשתדע דאם תתאלמן אין לה כתובה ואם תתגרש יש לה כתובה תלערו עד שיגרשה ויתן לה כתובה אמנם תוס׳ לא ניחא להו בתירון זה דמה לנו בזה אם מ״מ עומד ולווח דרולה שימכרו לו הכתובה ע״ת אם תתאלמן לא יהא לה כתובה ואיך פסיק התנא ותני דלא הפסידה כתובתה.

ונ״ל איידי דדלא לי חספא דהכא בגוף הדין למכור כתובתה בעד טוה״נ שהיא דבר מועט כדפרש״י בב״ק דף פ״ע כדי לפרוע חוב שחייבת לנחבל וכדומה נהי דנמכר לפי אומדן הב״ד כמה ראוי ליתן בעד כתובתה על ספק נמה לא תוכל לומר אין רלוני למכור כתובתי על ספק בדבר מועט כזה אפילו היו נותנין לי המעות דלדידי שוה יותר דודאי לאו כל אשה מוכרת כתובתה בדבר מועט וברמב״ם פי״א מהלכות בכורים פסק דאם קיבל הכהן כלי שאינו שוה חמשה סלעים ואמר לדידי שוה ה׳ סלעים בעד פדיון הבן הר״ז פדוי ועיי״ש בכס״מ ובש״ך יו״ד סימן ש״ה ס״ה הרי טענת לדידי שוה יותר מועיל אפילו בפדיון הבן אך בכתובות דף ל״א ע״ב מבואר דדוקא אם אין פקידא לאחריני י״ל דשוה אללו יותר מהשומא ולכן הכא דים פקידא לנחבל א״י לומר לדידי שוה יותר מהשומא אמנם למכור ע״ת זה אם תתאלמן תפסיד הכתובה ואם תתגרש תגבה כל הכתובה דזה חובתו של בעל אלא דמ״מ אומר לדידי שוה מ״מ אכן ידעינן דלית לו פקידא אם לא נמכר לו הכתובה ממילא כמו שהבעל אומר לדידי שוה מה שאינו כן האשה יכולה לומר לדידי שוה יותר ושב ואל תעשה עדיף.

ועוד כיון דבתנאי זה ליכא משום שלא תהא קלה בעיניו להוליאה רק משום לא פלוג וגם גוף כתובת אלמנה רק משום ל״פ כיון דיש בה נמי משום חינא ואלמלא תקנו כתובה לגרושה לא היו מתקנים לאלמנה משום חינא ובתנאי זה גם משום חינא ליכא כמ״ש שם ול״ל ג״כ משום ל״פ מסתיין לאסור לכתחלה שלא תמכור או תמחול לבעלה הכתובה ולא כשכבר מחלה אפילו לרמב״ם דמחילה גם דיעבד לא מהני הייני מכירה או מחילה לגמרי דזה עיקר האיסור וכן מלאתי ברא״ם אפרים סימן ל״ט ס״ג שכתב שם לענין גדיים וטלאים וחיות דמותר בדיעבד א״ל בדק כיון דמדינא לא היו לריכין לבדוק דל״ם בהו סרכות רק משום ל״פ הלריכו סגי לאסור לכתחלה וכ״כ בתב״ם סי׳ ל״ט ס״ד ולפ״ז מיושב סתירת המרדכי דבפרק נערה כתב אהא דאם מכרה או מחלה לבעל דמהני כגון שמכרה או מחלה רק אם תתאלמן ולא אם תתגרש ובפרק החובל דב״ז אסור דבפרק החובל קאי אהא דאין מוכרין הכתובה לבעל לשלם לו החבלה דגם ע״ת זה אסור דמיירי לכתחלה ובפרק נערה קאי אהא דאם מכרה או מחלה דיעבד.

ס״ד אם הוא מוחזקת בשו״ת רמב״ן סימן למ״ד אלמנה שתובעת מזונות וטענו אפטרופסים שתיזון ממטלטלין ושט״ח שבידה והאלמנה טוענת שנתן לה בעלה במתנה והשיב אם ידוע בעדים שהמטלטלין אללה עליה להביא ראיה דאין תפיסתה ראיה כיון דמעלמה היתה יכולה לתפסן מטלטלין אלא שבכל עת היו מסורין בידיה ולענין השט״ח כמי אין נאמנת שהשטר אינו נקנה אלא בכומ״ם ואפילו ליכא עדים וראיה דהא לא שייך בשטרות מגו כמ״ם הרי״ף ז״ל בפרק הכותב במלוגא דשטרי ולדבריו דעתי נוטה את״ד והב״מ תמה עליו אחרי שמחליט שאין תפיסתה ראיה בלא מגו ומחליט דבשטרות ל״ם מגו והיינו משום דא״א להעלים ולומר אין בידי דעיקרן לגובייכא ובמה תגבה וא״כ לו יהא דנקנים במסירה בלא כתובה במה תהא נאמנת את״ד ובפשוט י״ל דדוקא מטלטלין דדייק בתשובה מטלטלין שבכל עת היו מסורין בידיה דר״ל כגון מטלטלין מתשמישי הבית אבל שט״ח כ״מ אם דרך אשה זאת אינו שיהא השט״ח בידה ואין דרך בעלה להפקיד אללה

אללה אזי מאין בא השט״ח לידה אם לא ע״י גנבה שגנבה מארגז המיוחד לבעלה ובכה״ג תפיסתה ראיה שהבעל נתן לה במתנה וכמ״ש בשו״ת הרשב״א סימן אלף ע״ב דמה שאמרו שיש חזקה למטלטלין הוא לפי שאין מחזיקין לאנשים כגנבים אבל אשה זו התפיסה אינה ראיה שהרי נתונים היו אללה בחיי בעלה עיי״ש ולפיכך כתב בשו״ת רמב״ן הנ״ל הטעם דלא נקנו שט״ח במסירה לבד כיון שלא נתבאר בהשאלה אם דרך בעלה היה למסור שט״ח בידה וכ״מ בנעה״ת שכ״א ח״מ דהוכיח דבשטר אינו נאמן לטעון לקוח דאמרינן לו אחוי שטרך מההוא מלוגא דשטרי דהיה של בעלה ושהיה חייב לה חוב עיי״ש וליתא דיש בה תחת בעלה וגם במטלטלין אינה נאמנת לומר לקוח דהוי כגודרת דאין נאמן לומר לקוח אע״כ שאני שט״ח דאין לה עסק בהן.

ועוי״ל כהי דכתב דדעתו נוטה לדברי הרי״ף מ״מ שפיר חזי דיש חולקין כמבואר באס״ז פרק הכותב דף פ״ה בדברי רמב״ן גם כתב שם דיש לבע״ד לחלוק ולומר דיש לו מגו דאזיל ומהדר שטרי לחייבים ואינהו יהבי לה מידי ויש להשיב אטו ברשיעי עסקינן דחייבים לא יקחו ממנה שהרי עדיין חייבים להחזיר ממון לבעלים ועוד שמא יצא הלה ויתבעם והם לא ישבעו לשקר עיי״ם הרי די״ח גם בלוה ישראל כ״ש בלוה נכרי דליתנייהו להנהו טעמי כלל ולא נתבאר בדברי השואל לרמב״ן אם השט״ח על ישראל או גוי וא״כ לא סמך על דברי רי״ף להוציא ממנה החוב שבשט״ח די״ל קי״ל אף דיעכבו דמי מזונות שלה הא לענין מזונות ככסי בחזקת אלמנה כדאיתא בכתובות דף נ״ו אלא דדוקא אם שט״ח אינו נקנה במסירה לבד לא חשובה מוחזקת בהחוב דהרי במסירת השטר לא הוי כבא החוב לידה אבל אם היה נקנה החוב במסירה לבד הרי במסירת השט״ח בא החוב לידה מן המלוה חשובה מוחזקת בהחוב וא״א להוציא מידה כיון דיש דס״ל דגם בשטר יש לה מגו ורא״ה לסברא זאת דמה ריעותא שאין שטר כתובה בידה דכתב לה קני לך איהו וכל שעבודיה הא נקנה בתג״ק אע״כ כיון דלא נקנה במסירה לבד אף דהשטר בידה לא הסיבה מוחזקת בגוף החוב משא״כ במטלטלין כיון דהן בידו חשוב מוחזק ולהכי קמכינן אהא דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן אף דכמה גנבי איכא בשוקא מ״מ א״א להוציא מהמוחזק משא״כ בשט״ח גוף החוב חשוב בחזקת המלוה כיון דאין החוב נמכר ללוקח במסירת השטר וכ״כ רמב״ן בספר הזכות וה״ל מטלטלין כיון דנקנין במסירה והגבהה ותפיסתו עלמו שהוא תופס קונה לו נאמן לומר לקוחין הן בידי ולא מפקינן ממונא מתותי ידו דמוחזק אבל בשטר שאין תפיסתו קנין ואינו מוחזק כלל אלא בכייר אם טען בכך וכך נמכר לי אין שעבוד השטר יולא מחזקתו של מלוה לכן על הלוקח הראיה את״ד והובא בנה״מ סימן כ״ו ס״א ובקלו״ח סימן ס״ו סי״א.

והב״י כאן כתב אם אומרת שנתנו לה במתנה שכ״מ משמע דנאמנת ולא ראה דברי רמב״ן בשילהי ב״ב דף קע״ג דאם אין אותיות נקנין במסירה לא מהימן לומר שטר היה לי ואבד ולא לומר במתנת שכ״מ או באגב נתנו לי וכ״כ רמב״ן שבאס״ז בפרק הכותב דף פ״ה אך עיין בתומים סימן ס״ו סי״א סק״כ.

ס״ה אלמנה שמכרה או נתנה הנה בשו״ת הרי״ף סכ״ה כתב דמה שעשתה עשוי בין מכרה בין נתנה בין קרקע בין מטלטלין דתנן אלמנה בין מן האירוסין בין מן הנשואין מוכרת שלא בב״ד וע״כ בשלא נשבעה שאם תאמר בנשבעה הא לא תשבע עד שתגבה כתובתה בב״ד ואין לה מזונת והובא ברא״ש פרק אלמנה ניזונית אבל בתשובת הרא״ש כלל נון ס״ו כתב אם נתנה מתנות מנכסי בעלה אחרי מותו ומתה קודם שהשביעה על כתובתה מתנותיה קיימות במטלטלי ולא בקרקע וסתירה זו י״ל כיון שלא נשבעה כלל ומתה ויורשי בעלה אין רולים ליתן למקבלי המתנות דמי כתובתה כיון שלא נשבעה לכן במטלטלין דמהני תפיסה דמאן דעבד כר״א עביד וליכא בזה משום אין אדם מורים שבועה לבניו כדלעיל ס״א אבל קרקע בחזקת יורשים ותשובת הרי״ף איירי דנשבעה אח״כ כדאיתא בתשובת הרי״ף שם לכן אין תשובת הרא״ש סותר א״ע ומ״ש שם ס״ח דהמכירה בטלה כיון דבע״ח מכאן ולהבא גובה דהתם היורשים רולים לבטל המתנות ולשלם לה בזוזי אחר שתשבע אח״כ מלאתי בבית מאיר כ״כ.

אך מ״ש הרא״ש שם בס״ח דהמתנה בטלה כיון דאין לה רק שעבוד דבע״ח מכאן ולהבא גובה ואי אקדים או מכר מלוה הכל בטל דעדיין אינו של המלוה סותר א״ע למה שהביא בפסקיו דברי הרי״ף דבאכי אלמנה דמוכרת שלא בב״ד ולפיכך מה שעשתה עשוי ועוד איך כתב הרא״ש כיון שמכרה שלא בב״ד ועדיין לא נשבעה כשנתנה או מכרה לכ״ע אינו מועיל והרי הרי״ף לא ק״ל הכי.

ונ״ל דתלתא טעמי איכא בש״ך אהא דמוכרת שלא בב״ד משום חינא ומשום דבעלה רולה שלא תתבזה בב״ד ומשום מזוני והפירוש משום מזוני כדי שתגבה כתובתה וירוויחו היורשים שלא יתנו לה מזונת דבזה הפירוש ע״כ אזיל ראיית הרי״ף כמבואר בר״ן שם ולכן בנתנה מתנה דלא שייכי טעמי דחינא ולא תתבזה כמ״ש בשו״ת הרא״ש שם מ״מ שייך טעמי דמזוני שירוויחו היורשים אמנם כל זה בנתנה או מכרה בכדי כל כתובתה אבל אם נשאר לה עוד קצת מכתובתה דעדיין יש לה מזונות כדלעיל סי׳ ל״ג ס״י ליכא טעמא דמזוני רק טעמי דחינא ושלא תתבזה ובמתנה דליכא הנהו טעמי כמי גם להרי״ף ל״מ מתנתה במקצת כתובתה ועמ״ש הריטב״א שבב״י לקונן כים סימן ק״ג וא״כ ע״כ איירי הרי״ף בנתנה בכדי כתובתה כולה וא״כ י״ל דתשובת הרא״ש איירי דאחר מתנתה נשאר לה עדיין מכתובתה וקמ״א הכי היא דלא תתן כל כתובתה ותפסיד גם מזונותיה ותשאר קרח מכאן וקרח מכאן ואף דלא פירש הרא״ש להדיא הא לא נכתב השאלה כלל רק התשובה ואפשר דבהשאלה הדבר מפורש וגם אפשר היה השאלה באנפי אחריני דבלא״ה לא היה לה מזונות מהיורשים כגון דכבר תבעה כתובתה בב״ד או אמרה א״א במזונות כדי שלא תתן ליורשים מע״י או במקום שנהגו דיכולים היורשים לסלק כתובתה ויפטרו ממזונותיה דאזי לא שייך תק״ח שתמכור שלא בב״ד כדי שתפסיד המזונות כיון דיכולים לסלק כתובתה ולא מסלקי הרי ניחא להו יותר ליתן לה מזונות מליתן לה כתובתה ולא תקנו שתמכור שלא בב״ד משום מזוני אלא לטובת היתומים ושא לא ניחא להם בכך ואאת״ל דלא איירי הרא״ש הכי מ״מ הדברים נכונים בעלמותן דבגווני הללו מודה הרי״ף דמתנתה בטלה ובשו״ת רמ״ע סי׳ ק״ד ז״ל אלמנה שנתנה או מכרה מקרקעי דיתמי בב״ד הדיוטות דבקיאי בשומא קודם שגבתה כתובתה בשבועה כתב הרי״ף בתשובה הביאה הרא״ש פרק אלמנה

אלמנה ניזונית שמעשיה קיימין ומנכין לה מכתובתה ובלבד שתשבע בסוף עכ״ל במכ״ת הוסיף הנהו תיבות ומנכין לה מכתובתה דמשמע דעדיין נשאר לה אחר הניכוי וזה הלשון איכו לא בתשובת הרי״ף עלמו ולא בהרא״ש ואפשר הוסיף מדיליה דס״ל משום ל״פ גם מקלת מוכרת שלא בב״ד אף דאינה מפסדת מזונות כמ״ש הר״ן או דעי״ז היא מתקרבת להפסיד המזונות למכור מעט מעט עד כדי כתובתה או כמ״ש הפכ״י לפימ״ש הרא״ש דכשמכרה במקלת כתובתה יכולין היורשים לסלק לה השאר ולהפטר ממזונות בעל כרחה מ״מ הריטב״א שבש״י לקמן סי׳ ק״ג לא ס״ל הכי וגם נראה דאפילו לרא״ש דיכולין לפרוע לה המותר בעל כרחה מ״מ כיון דחזינן דאין עושין כן הרי ניחא להם יותר ליתן לה מזונות מלפרוע לה המותר ומילא לא שייך גבייהו תק״ח למכור שלא בב״ד משום מזוני שתפסיד דתקנו לטובת היורשים והרי א״א להם בתקנה זו ממילא ל״ל משום לא פלוג או דמתקרבת להפסיד המזונות כיון דלהרא״ש אחרי כמכר מקלת מכתובתה יכולין לסלק לו המותר בע״כ ואין עושין כן הרי לא ניחא להו בטובה זו ואיגלאי מלתא למפרע ואנן טעינן להו א״א בתק״ח דכגון זו פתח פיך לאלם כמ״ש הרא״ש בפ״ק דב״ק דף הית ס״ג והטור הביא ג״כ דברי הרי״ף ומסיים ומנכין אותו בכתובתה הגם דג״ז איכו בדברי הרי״ף מ״מ יש לפרש דמנכין בעד כל כתובתה לכן לא כתב ומכתובתה.

כתב ב״מ דאיכא למידק במה שפירש מהרי״ק בשו״י להמר״ס שבפרק הכותב דמה שכתב מכרה בעל אפילו נשבעה לבסוף ואפילו במטלטלין היינו בחזרה בנתיים נראה מלשונו אפילו הגבו לה לבסוף אחרי השבועה עפ״י ב״ד ומשום דלא חלה למפרע דאל״ה אלא שהיורשים רולים לסלקה במעות מה ענין לחזרתה וזה תימא דהא ראיות מהר״ס ממה דקי״ל ב״ח מכאן ולהבא גובה והא ניחא בקרקע אבל במטלטלין והרהינו אללו הא מוכח בפכ״ם דאפילו לרבא למפרע גובה ואי זבין מלוה שפיר זבין משום דקני לו מדרי״ל והכי מסקי שם בעה״מ ומלחמות ואפילו משכנו בשעת הלואה וכ״ש הכא דמקרי תפיסתה משכנו שלא בש״ה עכ״ל ואיסתמיעתיה מ״ש המל״מ בפ״י מהלכות. שכירות דדוקא במשכנו שלא בפ״י ב״ד קונה משכון מדרי״ל שאם הוזהר המלוה להחזיר כסות של יום ביום וכסות לילה בלילה עיי״ש ואף דהרז״ה ומלחמות כתבו דגם משכנו בשעת הלואה קונה ה״ע כמ״ש הנמ״י בפ״ק דב״מ בשם הר״ן דכי אמרינן ב״ח קונה משכון ה״מ במשכנו בשעת הלואתו משום דקני לו מעותיו וא״כ במשכנו שלא בש״ה קני לו משום דבגובייכא דב״ד אתי לידו וגזרת הכתוב הוא דקני ליה מדרי״ל דהרי הוא כאלו הגבהו לו ב״ד אבל כשנתן לוה למלוה משכון שלא בש״ה כיון דמלוה איכו קונה במה יקנהו מלוה ואין מטלטלין נקנין במשיכה למשכון עיי״ש וזה מבואר כדברי המל״מ וגם מוכח דלא ככה״מ ר״ס ע״ב כיון דאם משכנו ב״ד קני לו מדרי״ל ה״נ במשכנו מעלמו דעביד איכש דינא לנפשו עיי״ש ואפשר גם לדברי כה״מ שאני הכא כיון דאין ב״ד מגבין לה בלא שבועה ל״ל עביד דינא לנפשו לתפוס בלא שבועה דאמז״ל הבא לפרע מיתומים לא יפרע אלא בשבועה אבל לפ״ז לא א״ש מה שתרלתי לעיל תשובה וא״ו ברא״ש הנ״ל וכן תרלו הב״מ משום דדייכא דעבד כר״א עביד מהני תפיסה דהתינח אם היא קלת קנין להאלמנה במשכון יכולה ליתן החוב לאחר ע״י מסירת המשכון ומה שתופס מקבל המתנה הוי תפיסה מש״א״כ אם לית בהמטלטלין שום קנין להמקבל הוי רק כאחר דלא אהני המתנה כלל ול״ל דמאן דעבד כר״א עבד כיון דאיכו יורש ולא זכה כלל להיותו במקום האלמנה וכדמוכח מהב״מ גופא ולכן נראה להטור דתשובה חולקת עמ״ש הרא״ש בפסקיו ולכן אם נייתב שלא יסתר הרא״ש א״ע ל״ל כמ״ש כה״מ ואף דב״ד לא מתפיסין אותה בלא שבועה מ״מ אפשר יודעת בעלמה דיכולה לישבע ועבדה דינא לנפשיה וקנתה המטלטלין מהני מתנתה לאחר שיזכה בגוף החוב עכ״פ שוב עיינתי בבה״ת שכ״א ח״ד ס״ז כתב אם מכר משכון מטלטלין קנה הלוקח גוף החוב מידי דהוה אאשה שאם קדשה במשכון דאחרים שהיא מקודשת מפני שב״ח יש לו קלת קנין בגופו של משכון ואעפ״י שאיכו קונה גופו של משכון מ״מ קני ליה כנגד חובו וזה הבא אחריו זוכה במשיכתו ובתפיסתו מכח הראשון עכ״ל והובא בתומים סי׳ ס״ו ס״ח סקי״ד וכתב בם דלפ״ז לדעת הרא״ש דס״ל קדשה במשכון שמישכן אללו בש״ה דא״מ ה״כ לא קנה הלוקח את החוב ע״י משיכת המשכון עיי״ש וא״כ נסתר תירוץ הב״מ דהך תשובת הרא״ש כלל כון ס״ו דבמטלטלין זכה המקבל מתנה משום דקנה גוף החוב במשיכת המשכון.

אמנם נ״ל דאפילו ניחא בשאר מלוה על המשכון ונתנו לאחר לא קנה החוב שאני אלמנה להרי״ף והרא״ש דמהני מתנתה למפרע אף כשנתנה לפני השבועה דע״כ משום דאם אמת שמגיע לה הכתובה מהני מכירתה ומתנתה בנכסי בעלה דאין השבועה רק גילוי מלתא ולקמן ס״ח מבואר דעת הרי״ף והרא״ש דאם תפסה האלמנה ואינה רולה לישבע לא מפקינן מינה אם תפסה מעות הרי עשוס דשמא האמת עמה ואינה חייבת שבועה רק מדרבנן ואם תפסה מטלטלין מוליאין ממנה משום דאינה יכולה לקנות לעלמה וע״כ לריכה להחזיר המטלטלין ממילא היורשין מוחזקין כדאיתא התם א״כ הכא דנתנה לאחר מטלטלין דמדינא מוכרת בלא ב״ד אהני מתנתה אם באמת מגיע לה הכתובה וזכה האחר המקבל וממילא גם מטלטלין א״א להוליא מיד המקבל ואם עדיין האלמנה בחיים אם אינה רולה לישבע אח״כ י״ל המקבל מה לי בכך דמ״מ אפשר מגיע לה הכתובה אלא מכדין אותה או תשבע או תשלם ובשו״ת הרי״ף השאלה היתה במעשה שהיה דנשבעה אח״כ אבל בתשובה לא כתב הרי״ף אם נשבעה אח״כ וגם השאלה אם נשבעה אח״כ משום דלענין קרקע דוקא אם נשבעה אח״כ דאל״כ מספק הקרקע בחזקת היורשים ולפ״ז דוקא אם נתנה עד כדי כל כתובתה דאז מתנה קיימת כמ״ש לעיל ואז אפילו יורשי בעלה רולים לשלם למקבל במעות אין יכולים להוליא המטלטלין מן המקבל ועיין ש״ך חו״מ סימן ע״ג סט״ו סק״ו.

הג״ה וכן אם מוחזקים המקבל או הקונה וכן כ״ל לדון הקשה החמ״ח למה בק״א לענין יורשים מוחזקים לא הכריע ולי נראה דלא מבעיא במטלטלין להרי״ף ורא״ש וסייעתיה דמכירתה ומתנה קיימת דזכו במטלטלין גופייהו ודאי עדיפי מיורשים כיון דיורשי בעלה י״ל אין אנו רולין לפרוע רק במעות ממילא לריכין להחזיר המטלטלין וכמו אם שאלמנה עלמה תפסה מטלטלי ואינה רולה לישבע דמוליאין מידה כדלקמן ס״ח אלא גם במעות ס״ל לרמ״א כיון

דדעת

דדעת רי"ף ורא"ש דמועיל מתנתה ורבים עמהם לכן הכריע לענין מוחזק כמותם משא"כ לענין יורשי בעלה דאין בזה דעת רא"ש ורי"ף דלא שייך בזה טעמא דמוכרת שלא בב"ד משום מזוני דהא מתה ואין הפסד מזונות ובחייה לא גבתה לשם פרעון כתובתה וליכא בזה רק מחלוקת הפוסקים אם תפיסת היורשים מהני משום דר' אלעזר איתר דייקא דעבד כר"א עביד בזה לא הכריע ומלאתי בככה"ג בהגה"ט אות מ"ד שכתב בשם מהר"ם מינץ כל הקובלים דמתנתה קיימת ה"ד במכרה או נתנה אבל בלא עשתה שום גיבוי מודים דא"א מורים שבועה לבניו.

ס"ן אלמנה שמחלה לבע"ח של בעלה איכו כלום בחמ"א מחלק בין חוב בשטר לחוב בע"פ וכתב הספלאה דבחוב בע"פ ל"ש שגבתה דלא שייך בו תפיסה כיון דאין דבר בידה שתזכה בו מיהו עדיין ל"ע כיון דהלוה מוחזק בנכסי עלמו למה לא יוכל לזכות בשבילה דה"ל תופס לבע"ח במקום שאינו חב לאחרים דמהכי ה"כ יכול לזכות לה כדי שיועיל מחילתה לגמרי כאלו תפסה בעלמה מעות עכ"ל ולא ידענא מה ק"ל דהא מבואר ברא"ש פרק הגוזל עלים שהי' אין אדם זוכה בשלו לאחר אלא אם יזכה לו ע"י אחר וכן מוכח בהא דאמרינן בגיטין דף מ"ם ע"ב שמא זיכה לו ע"י אחר והכי איתא בחו"מ בכמה דוכתי וגם אם מזכה שלו בעד מה שחייב לריך לזכות ע"י אחר כדאיתא במרדכי פרק הגוזל סימן קכ"ב ובתשובת מיימני ספר משפטים סי' כ"ט ול"ד לתופס לבע"ח דזוכה למלוה ממונו של לוה והתופס נעשה כשליח דזכין לאדם שלא בפניו ואינו זוכה שלו לאחר ואין ה"כ אם הלוה מזכה מנכסיו להאלמנה ע"י אחר דהיינו שמזכה ליורשי מלוה ע"י אחר והדר תופס בשביל האלמנה והאלמנה נותנת לו בלשון מתנה מהכי אבל מחילה תו לא שייך כיון דהוי בעין וכפקדון בידו ובזה לא איירי הרא"ש ומחבר דלא איירי רק כשמחלה החוב שעדיין לא זכתה בדבר בעין ועיין חו"מ סי' רמ"א ס"ב בהג"ה.

סי"א ותפסה מעות כן הוא בר"ן בשם רמב"ן כיון דגופייהו לא מקנו להו מפקינן מהם ושוב איכה גובה בלא שבועה ויש למידק למה לעיל ס"א הובא דברי הר"ן לענין אם תפסה דאין אומרים בזה א"א מורים שבועה לבניו מדקי"ל עביד דיכא לנפשו והוי כדייכא דעבד כר"א ושם אין מחלקין בין מעות למטלטלין ואמאי לא כימא כיון דלא קנו לגופייהו מפקינן מהם ושוב לא גבו משום דא"א מורים את"ד הב"מ וכבר קדמו התומים בכללי תפיסה אות ק"ח וח"ל עמדתי בזה לעיל ס"ה בהג"ה וכ"ל דכל הטעם דלא מקנו להו לגופייהו אף דמ"מ תופסין למסכון והן מוחזקין אלא כיון דעומד להחזיר גוף המטלטלין כמוחזר דמי כדאיתא בפרק לא יחפור באילן דעומד לקוץ דף כ"ה ובפרק המקבל דף ק"י וכ"כ תוספת בפרק המוכר את הבית דף ס"א ע"ב בד"ה ארעתא דבין קרקע בין מטלטלין היכא דסופה לחזור חשוב משאיל או משכיר מוחזק וכבר עמד בזה הרשב"א בתשובה תתקל"ע בדין א"א מורים שבועה לבניו דאם מוחזק היורש נוטל בשבועה שלא פקדני אבא אפילו מוחזק רק בקרקע ג"ם וטוען שמשכון הוא ביד אביו אף בסופו להחזיר גוף הקרקע והל"ל כמאן דמוחזר וכתב טעמא בתרא דאם אין אתה אומר כן כמלאו היורשים מפקידים כל מה שהניח להם מורישם במשכונות שהמשכון חוזר על הממון יבואו ראים ויטלו וזה ברור והס"ד והוא הטעם דבכה"ג אין אומרים א"א מורים שבועה לבניו את"ד ונראה שתפס זה הטעם לעיקר מדכתב ח"ב וכוונתו כ"ל כהי מעיקר הדין הל"ל כיון דסופו לחזור חשוב מרה קמא מוחזק ואינו דומה לדייכא דעביד כר"א דהתם הגבה לחלוטין משא"כ כשסופו לחזור מ"מ כיון דאם אי אתה אומר כן דלא יתרע חזקת המחזיק כשסופו לחזור כמלאו היורשים מפקידים כל מה שהניח להם אביהם במשכנות לכן עשאום חכז"ל למוחזקים וא"כ התינח לענין א"א מורים שבועה לבניו דאין היורשים יכולים לישבע שלא כפרע אביהם אבל כאן דתפסה ואיכה רולה לישבע הרי אם אמת אתה תשבע ולא תפסיד ואם באמת א"י לישבע הרי אין מגיע לה כתובה ועוד כיון דכ"ז רק תקנה תקנתא לרשיעי לא מתקני דהרי מנדין אותה ואיך יתקנו לה שתועיל תפיסתה ואוקמוה אדיכא כיון דמטלטלין סופן לחזור דלא מקנו לה גופייהו הוי יורשי בעלה מוחזקין ולא חשוב מיחת לנכסיה והא דבחו"מ סי' ע"ב סי"ד וסכ"ד בטוען המלוה שמא לא פרעתני כך כמו שאתה אומר נאמן הלוה דהוא חשוב מוחזק כיון דהגוף שלו שם המלוה אפסיד אנפשו דה"ל למידע ואוקמוה אדיכו ולכן שם סל"ה דיורשים טוענים שמא אין הלוה נאמן אף בברי ומשבינן ליורשים מוחזקים במשכון כמ"ש סמ"ע שם והתומים הוכיח שם כדברי.

ובזה מיושב תמיהת הגד"ת בשער י"ד ח"ג כיון דהרשב"א חשיב לראובן מוחזק ובמשכה החזקה גם ליורשיו ומטעם זה קאמר דלא שייך הכא דין דא"א מורים שבועה לבניו א"כ היכא מסיק דגם מיורשי שמעון גובין בני ראובן ובלבד שישבעו שבועת היורשים והרי מטעם זה גופיה שהם מוחזקים אין לחייבם שבועת היורשים דהא מסקנת אחרונים דלא נתקנה חיוב על היורשים לישבע רק להוציא אבל להחזיק מה שבידם אין נשבעין כדכתב הטוחו"מ סי' ס"ט עיי"ש ולפימ"ש א"ש כיון דבאמת לא חשיבי מוחזק כיון דלא מקנו להו גוף המשכון ועומד לחזור ואין לו עליו רק טענת דמים אלא משום פסידא דמלוה ויורשיו חשבום למוחזקים ולזה סגי אם יטלו בשבועה דלא יפסידו אבל בלא שבועה אמרינן להו ממ"כ אם באמת יכולים אתם לישבע הרי אין הפסד ממון ואם אינכם יכולים לישבע הרי אין מגיע לכם כלום.

אמנם ב"י בחו"מ סי' ק"מ מחודש וא"ו השיג בדברי הרשב"א טעם זה והביא רק טעם ראשון כיון דיכול לעכב אללו גוף המשכון בטענת לקוח לא חשוב עומד להחזיר וכהי דעכשיו מודה דלא לקחו רק למשכון מ"מ חשבינן ליה מוחזק משום מגו ולפ"ז ודאי קשה קושית הגד"ת אך כבר האריכו בזה הב"ח וש"ך ואחרונים בסי' ק"ח סי"ב בחו"מ.

וי"ל עוד קושית התומים וב"מ הנ"ל דשאני בבאו לזכות מחמת תפיסה שלא לומר א"א מש"ל כיון דבש"ס אמרינן דהשתא דלא אתמר הלכתא לא כרב ושמואל ולא כר"א לכן מאן דעביד כר"א עביד היינו כיון דספקא הוא לא עבדינן עובדא ואין ב"ד מזדקקין לעשות מעשה כמ"ש הרא"ש בס"פ הכותב סכ"ח כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא לא עבדינן בה עובדא עיי"ש וא"כ נהי דלא חשבינן להו מוחזקין מ"מ מספק אין לעשות מעשה להוציא מידן אבל הא דכאן דאיכה רולה לישבע ותפסה דלאו ספקא היא דהא ודאי חייבת לישבע רק כיון דמן התורה איכה חייבת לישבע והוי רק כגזל מדבריהם דלא כחתינן לנכסיה כמ"ש הר"ן בפרק הכותב דף פ"ח וה"ד אם

מן

מן התורה זכתה בגוף הדבר חשיב נכסיה ומשא"כ מטלטלין כיון דלא תקנו לה גופייהו אפילו מן התורה לא חשוב נכסיה ומפקינן מינה והרי בהא דא"א מש"ל אי תפס וכן בכל ספ"ד לא מנדינן לו ובנשבע ונוטל אי תפס ואינו רוצה לישבע מנדינן לו· אלא ה"ט דבספק לא עבדינן עובדא ג"כ לנדותו משא"כ בתפס ואינו רוצה לישבע ליכא ספק וודאי עובר אדרבנן שתקנו שישבע רק כיון דמדאורייתא זכה לא נחתינן לנכסיו דלא תקנו להוציא שלו כיון דזכה בגוף המעות אבל תפס מטלטלין גם מדאורייתא לא זכה בודאי וודאי בגזל דרבנן אם תפס דבר אחר ורוצה לעכב עד שיתן לו אידך מה שהוא לו גזל דרבנן וכי ס"ד שלא נוציא מידו ומשא"כ אם יש לו אצל חברו חוב ותופס ממנו דבר אחר עד שישלם לו חברו ודאי יכול לעכבו כיון דחברו חייב לו יכול לכופו בכל מיני כפיה שישלם לו ומילא בספק חוב נמי אם תפס לא עבדינן בה עובדא להוציא מידו אף דלא זכה בגוף המעות שתפס מ"מ שמא באמת מגיע לו מה שתובע מחברו ויכול לעכב מה שתפס עד שישלם לו חברו.

ובשע"ר יוספי סי' כ"ז סעי' קק"ע הקשה עוד קושיות על דין זה ובערך ש"י שם תרלתי על נכון ובמה שכתבתי שם מיושב נמי הכא ובמה שכתבתי הכא מיושב גם שם קושיות השע"ו.

סי"ג כשב"א מעיד הקשו אחרונים דמאי פקחת דבלא"ה אם התפס ממילא התחייב שבועה דאורייתא ע"י העד שמגיע לו מה שפרע לה כבר ולמה לו לשלם עכשיו וב"מ תירץ דהפקחת שינשה כן קודם שיבא לפני ב"ד עם העד כי הב"ד מוכרחים שעדותו בעל ד"ת ואינו פועל כ"א בד"ר שוב א"א לקיים עדותו מד"ת ולהביאה ע"י לשבועה דאורייתא עיי"ש וא"י למה יקוים עדותו א"כ דמה שלא הועיל עדותו החלה מפני גזה"כ דנשבע ונוטל ליכא ומדאורייתא אבל א"כ דהיא נשבעת לפטור למה לא יועיל וכ"ל כיון דתחלה העיד לחייבה שבועה ליטול ולא הועיל מן התורה ליכא הגדה ולריך א"כ להעיד שנית לפני ב"ד כדי לחייבה שבועה לפטור וכיון דעביד אינש לאחזוקי דבורו לא מועיל עדותו כדאיתא בחו"מ סי' ל"ג ס"ב ועיי"ש בנה"מ סק"א דדוקא במקום דהגדתו מתחלה לאו כלום דלא עביד איסורא לא אמרינן דעביד לאחזוקי דיבורו עיי"ש וא"כ הכא דהועיל העד מעיקרא לחייבה שבועה דרבנן ואם אז שיקר עביד איסור תו אמרינן עביד לאחזוקי דיבורו בו"ר בהפלאה כאן כתב נמי דלריך העד להעיד שנית לפני ב"ד.

ובב"מ הוסיף להקשות מה ענין פקחת זה ומה לורך לכל העסק הזה כדי שלא תוכל לטעון שתי כתובות הוי והא תמיד אין באפשרות אלא לבא לידי שבועה דאורייתא דהא מיד שהב"ד פוסקים בתשבע ותטול והוא מחויב לקיים הפס"ד להתפיס ביד הב"ד הפרעון קודם שתשבע יתבע אותה על הפרעון ראשון שיהיו הלואה שהרי כתובה זו כבר פרע במה שהתפיס ביד הב"ד עכ"ל אישתמיטתיה תשובת הרשב"א סי' תשל"ג דהנשבע לפרוע חובו ביום פלוני ואותו היום לא היה המלוה בעירו לא אמרינן שיניח הפרעון ביד ב"ד דזה לא הוי פרעון הובא בב"י סי' ע"ג מחודש וא"ו ובנה"מ ריש סי' ע"ד ומה התם דמחויב באמת לא הוי פרעון כ"ש הכא לדברי הבעל שכבר פרע לה ואינו חייב לה עכשיו כ"ש דמה שהניח ביד ב"ד אינו כמונח בידה וכ"ש דעדיין מחוסרת שבועה ומי יימר דתשבע וממילא לית לה שבועה דאורייתא עד שכתן בידה ואין סברא לומר דשא"ה דנותן המעות ליד ב"ד בפניה דמה בכך דא"כ התם נמי זכין לאדם שלא בפניו והוי כבפניו וכ"ש דעדיין לא נשבע ובעל כרחה מעכבין הפרעון ביד ב"ד והבעל לא הרשה לב"ד ליתן לה המעות לפני השבועה וגם הב"ד אדעתא דהכי קבלו המעות והאשה לא אמרה שבזה שיתן ליד ב"ד ופטר הבעל מחובו מיד קודם שיבא הפרעון לידה.

ובשו"ת מהרי"ל סי' ל"ו במעשה שהלוה מנה מעות וכתכן על השלחן לפרעון ובא אחר ולקח המעות וקידש בהן אותה אשה שהפרעון היה מגיע לה ובתרל"ת כתב אע"ג דפסקו רבותינו כשהלוה נותן חובתו לפני המלוה דהוי פרעון בע"כ דמלוה וא"כ כיון דכבר ילא המעות מרשות הלוה לרשותה בעודו על השלחן והוו כגזל דידה לא היא דהתם דחשיב פרעון ולא מחויב לוה תו באחריות דמ"מ לא שקליכהו מלוה כשהיו לפניו ואיהו דהפסיד אנפשו אבל עדיין אין חשובין ממש של מלוה אא"כ נתכן הלוה בחלרו וכה"ג בדוכתי דקני ואפילו באתרא דקני המלוה אי הוה בענין זה דאירע אונס בהו שלא היה יכול להצילו כגון שבא אנס והקדים ולקחן קודם שהיה המלוה יכול ליקח אטו מי הוי פרעון ואפילו היה בחלר המלוה לא זכה ולא נפטר הלוה את"ד וא"כ ה"כ אם נאנס המעות מיד ב"ד לא נפטר הבעל כיון שלא היתה יכולה ליקח קודם השבועה אין המעות שלה ולא חשוב פרעון שו"ר בנה"מ בפתיחה לסי' ע"ו שכ"כ דהלואה או פרעון המקח אף אם הניח המעות ביד ב"ד לא נקנה המעות להמלוה ולא נפטר הלוה מחובו ובשו"ת בית יעקב סכ"ע התחלה ר"ל ג"כ דמניח ביד ב"ד אם נאנסו המעות חייב הלוה ושוב הביא מפרוזבול ומניח שטרותיו ביד ב"ד דאינו משמע דחשוב כגבוי עיי"ש וא"י מה ענין שמטה לכאן דפרוזבל ה"ט דהפקר ב"ד הפקר ומתק"ח שלא לשמט משום נע"ד כדאיתא בגיטין ומוסר שטרותיו משום דאין המלוה תובע רק הב"ד תדע דהא גם המלוה על המשכון אינו משמט ואם נאנס המשכון הלוה חייב לפרוע.

סט"ן שבועה דאורייתא הס"מ פכ"ה ומ"א הקשה כיון דדברי הרמב"ם במקום שאין כותבין כתובה ואינו נאמן לומר פרעתי אא"כ הביא ראיה והאיך נקרא מודה במקלת הא בפ"ד ומהלכות טוען כתב הרמב"ם שאין מב"מ חייב שבועה דאורייתא אלא בדבר שאפשר לכפור בו וז"ל הרמב"ם בפ"ד ומהלכות טוען מי שטען חברו ק' דינרין יש לי אצלך חמשים בשטר וחמשים בע"פ אין לך בידי רק חמשים בשטר אין זה מב"מ שהשטר לא תועיל בו כפירהו והרי כל נכסיו משועבדין בו עכ"ל ונראה מה שהרכיב על שני טעמים דהא הא דכשא"י לכפור לא הוי מב"מ כתבו הטעם דהוה הילך והרי ל"ד להילך דמביאו בידו ליתנו למלוה ובידו ליטלו הוי ככבר בא לידו דכל שבידו לא חשוב דשלב"ל או דבר שאינו ברשותו כדאיתא בכתובות פרק אע"פ דף כ"ט ובפירוש הרא"ש בנדרים דף ל"ד ע"ב בשם הרא"ש אבל אם לא הביא בידו מה שהודה עדיין מחוסר גוביינא ונראה משום דכתב מהרי"ק בשרש פ"ט נהי דקי"ל בע"ח מכאן ולהבא גובה ולהכי אי אקדים מלוה טרם בגבה אינו קודם היינו בהקדים קרקע בל לוה דאינו ודאי שהוא של מלוה כיון דיכול לסלוקיה בזוזי אבל החוב בכללו דודאי יצא לגוביינא לכ"ע למפרע גובה וכ"ד הה"ה

בפרק

בפרק שור שנגח דו"ה אלא דאם יכול לכפור לא"ל כאלו אחזק המלוה וכ"כ בשו"ת הרשב"א סי' תתקל"ט דהיכא דודאי עתיד לגבות כגבוי דמי וכדאיתא בפרק המקבל דף ק"י ובפרק לא יחפור דף כ"ה אך אם יכול לכפור לא חשוב כגבוי עיי"ש והפנ"י כתב בפכ"ש ל"א ע"א אפלוגתא דאביי ורבא אי בע"ח מכאן ולהבא או למפרע גובה דפרש"י, ששיעבד לו נכסיו בשעת הלואה דדוקא אם שיעבודא דאורייתא מש"ה לאביי ברשות המלוה קיימו לאלתר בשעת הלואה אבל אי שד"ר משום כצ"ד ממילא מכאן ולהבא גובה דתו ליכא כע"ד כלל ואל"ל משום דיכול לסלוקי בזוזי לכן פרש"י ששיעבד לו בפירוש דבזה לכ"ע שיעבודא דאורייתא עיי"ש ולכן כתב הרמב"ם הטעם שהחמשים בבשטר לא מועיל בהן כפירתו ועומד לגבות והרי כל נכסיו משועבדין לפיכך למפרע גובה והוי הילך אמנם דוקא בחוב להרמב"ם דס"ל שעבודא דאורייתא כפי"א מהלכות מלוה ה"ד אבל כתובה דרבנן כמ"ש הרמב"ם בפט"ז מה"א ה"ג ומשום שלא תהא קלה בעיניו להוציאה כדאיתא ביבמות דף פ"ט ובפ"ק דכתובות דף יו"ד וא"כ סגי בזה דמכאן ולהבא גובה וממילא לא הוי הילך אף דא"י לכפור ואף דמהרי"ק שם הוכיח דמלוה לפני ז"פ חשוב כגבוי מדיכולה למכור הכתובה בחיי בעלה בטו"ה באמת אינו מוכרה דהכי כתבו התוספת בפרק הכותב דף פ"ה ע"ב וז"ל תימא לר"י איך יכול למכור החוב דבשלמא כשיש ללוה קרקעות מוכר לו אותו שיעבוד שיש לי על הקרקעות אבל כשאין לו כלום מה מוכר לו ונראה לו דלא הוה מכר מדאורייתא וכן נראה לר"ת וא"כ ה"נ כתובה המכירה מדרבנן כמוכר שט"ח ואין ללוה כלום לכן אינו כהילך.

ולפ"ז מתורץ מה שהקשו על הרמב"ם מהירושלמי רפ"ב דכתובות דכשטוען הבעל אלמנה כשאתיך פטור משבועה ולפמ"ש א"ש דהירושלמי בשיטה כתובות דאורייתא לפיכך הוי הילך דלמפרע גובה.

וצ"ע כיון דהרמב"ם ס"ל שעבודא דאורייתא למה מכשט"ח רק מדרבנן כמ"ש בפ"ו מהלכות מכירה ומשמע אפילו יש קרקעות ללוה ואפשר משום דבלא השטר שהוא לראיה א"א לגבות ממשועבדין והראיה שבשטר אין קנין נתפס בו מן התורה כמ"ש שם מן התורה אין הראיות נקנית לכן בטל גם קנין שעבוד נכסים מן התורה אבל מלוה עצמו הוי כגבוי החוב בידו אלא דאין קנין נתפס בו מן התורה שיזכהו ללוקח כיון שא"א להקנות לו הראיה שבשטר דהשעבוד ומחמת הראיה.

אך משום דשעבוד הגוף אין קנין נתפס בו כמ"ש ר"ת והרא"ש בפרק הכותב ולכן ס"ל להרמב"ם דאם הראיה שבשטר נקנה ממילא כמו דיכול אדם לחייב עצמו בשטר אף שאינו חייב ה"נ קנה הלוקח חיוב גופו של לוה ע"י השטר דהא השתא השטר של לוקח וכאלו נתחייב לו הלוה מתחלה אבל כיון דאין הראיות נקנית ממילא לא נתחייב לו הלוה ונשאר שעבוד הגוף אצל המלוה ממילא גם שעבוד נכסי לא נקנו דכל עלמן רק משום שיעבוד הגוף והרי שעבודן אגוד גבי מלוה ואף דמדרבנן גם הראיה נקנה בכמ"ש מ"מ כיון דאינו רק מדרבנן לכן יכול למחול דלא אלמוהו להקנין להפסיד ללוה וחולק על ר"ת דס"ל דשעבוד נכסי מכורין רק שעבוד הגוף אין קנין נתפס בו לכן יכול למחול כיון דנמחל שעבוד הגוף ממילא פקע שעבוד נכסי דאינון ערבין בעד גופא אבל הרמב"ם ס"ל כיון דשעבוד הגוף לא נקנה ממילא גם שעבוד נכסי נשאר ביד מלוה דאינון ערבין בעד גופו ואי דמר לאו דמר וכן מצאתי בתומים סק"ז בסימן ס"ו דמ"ד ומכירת שטרות ל"ד הטעם הואיל וגוף שעבוד הלוה א"י למכור אף שעבוד נכסיו א"י למכור מדאורייתא דנכסי ג"כ רק ערבין עיי"ש ולדבריו הקשי הלא הרמב"ם כתב משום דמן התורה אין ראיות נקנות ועכצ"ל דאם היו הראיות נקנות היה עומד לוקח במקום מלוה גם לשעבוד גופו של לוה דהא הלוה משעבד גופו למלוה באותו ראיה אפילו בחנם ממילא כשנקנה הראיה ללוקח קנה גופו של לוה כאלו שיעבד גופו ללוקח.

המט"ז נשבעת לשניה כתב ב"ש כבר כתבתי לעיל ס"ק כ"ד בשם רש"י ור"ן דוקא כשטוענת השבע לי ושם ס"ק כ"ד כתב דלפ"ז לא ה"ל להרמ"א להביא שם ד"ז דאיירי בשבועה בלא טענה מיהו מרמב"ם וטור משמע דנשבעת בלא טענה ולי נראה דגם רש"י לא פירש כן אלא לת"ק דס"ל דאין רביעית נשבעת ליתומים גדולים כדאיתא בכתובות דף ל"ד לכן פירש דנשבעת לשניה בטוענת השבע לי אבל לדידן דקי"ל כבן ננס דנשבעת ליתומים גדולים ואין נפרעת אלא בשבועה אפילו אין טוענין השבע לי ה"נ נשבעת לשניה בלא טענה וא"כ מצאתי שכן כתב הפלאה אלא יל"ד לפ"ז מאי דקאמר ת"ק דרביעית נוטלת בלא שבועה מנ"ל אם אין טוענין היתומים השבע לי גם ראשונה לא נשבעת לשניה ואם טוענין השבע לי גם ליתומים נשבעת הרביעית ואם מיירי דיתומים אין טוענין השבע לי ושניה טוענת לראשונה השבע לי מאי פסקא ודוחק לומר משום דלאו אורח ארעא שיטענו היתומים לאשת אביהם השבע לי שחושדין אותה מחמת דאיתא בכתובות דף ק"ג שצוה רבי לבניו הזהרו בכבוד אמכם ומוקי לה התם באשת אביהם אך י"ל דלת"ק דנפרעין מיתומים גדולים בלא שבועה אפילו טוענין השבע לי כיון דאין טוענין ברי וגם אביהם א"י להשביעה בלא טענת ברי וכ"כ הב"ח בסי' קע"ח סע"ו וס"ל לת"ק דלא תקנו חכז"ל שבועה לנפרע מן יתומים גדולים דרוב יורשים הם יתומין וסתמא אם היה לו טענת ברי היה מפקד ליתומין ואם מת פתאום בלא"ה אין לחוש לצררי כמ"ש כ"פ עיין ב"ש לעיל סק"א אבל דוקא לענין היתומים דסתמא חושש אביהם לטובתם אבל לענין הנשים אפשר אם היה חי הבעל הוה טוען בברי תפסת לצררי ואישתבע לי אלא דלא חש ללוות זה להנשים אבל למאי דקי"ל גם מיתומים גדולים אין נפרעין בלא שבועה אפילו בלא טענה כ"ש דהנשים נשבעין זו לזו בלא טענה ועדיין יל"ד דא"כ מנ"ל לרש"י הא כיון דיותר י"ל דנפרע מיתומים גדולים בלא שבועה א"כ י"ל דגם בלא טענת אישתבע ומחויבות לישבע זו לזו וכ"ל דרש"י דייק לשון המשנה כי אין דרכו לפסוק רק לפרש הלשון דלמה לא תני השלשה אין נפרעין אלא בשבועה כדלעיל פרק הכותב הפוגמת ואינך וגם כאן ב"נ אומר אף היא לא תפרע אלא בשבועה דהל"ל אף היא תשבע אלא ה"ט דכשב"ד אין מגבין בלא שבועה אפילו בלא טענת בע"ד השבע החליט לומר בלשון שלילה לא תפרע אלא בשבועה אבל כאן לת"ק דדוקא בטענת השבע לי חייבת לישבע אמר רק נשבעת לשניה אם השניה טוענת השבע לי אבל ב"נ דס"ל גם מיתומים גדולים אין נפרעת בלא שבועה וכן כל השלשה אין נפרעין אלא בשבועה אפילו אין טוען השבע לי לכן אמר אף היא לא תפרע

אלא

אלא בשבועה כמלא לדינא אין מחלוקת בין רש"י לרמב"ם וטור וא"ם דברי הרמ"א שו"ר בהפלאה דף ל"ד דכתב נמי הא דלת"ק אין נשבע ליתומים גדולים דבני מזוה ככהו ואם איתא דפרע הוה פקיד כדאיתא בב"ב דף ע"ן ע"ב.

ב"ש סק"ק ל"ג והרביעית נשבעת ליתומים נראה אף הראשונות נשבעין להיתומים אלא לריכה לישבע גם לשניה וכתב בחידושי אור הגנוז למחבר פ"מ ז"ל לא ידעתי ליש בזה הא מוכח בבמעתן כתובות דף ל"ד שבועה לאחד בבועה למאה ובלימוד הישיבה האלכתי עכ"ל גם אנכי לא ידעתי קושיהו דלא נתכוין הב"ם כלל שתשבע ב"פ אלא כ"מ אם כל אחד מוחלין השבועה.

סימן צ"ז

ס"א שמינה אפטרופא משביעה אפילו בטענת שמא וכתב הב"ם דנשים דידן הן כאפוטרופס וכתב דרישה אבי משום דבחו"מ סי' ס"ב כתב רמ"א דקתם אשה נו"כ תוך הבית ואפנא מקהברא כיון דקתם נשים נו"כ תוך הבית והוי כהלכתא ועיקתה דקי"ל כת"ק דאינה משביעה משום שלום בית עיי"ב וליתא דשאני הלכא ועיקתה דהן מוה שחייבת לטוות ולאפות ומוכרחת לעשות זולת בהומרת א"כ וא"ע ואם אין מע"י מספיקין למזונות וכסות ע"כ לא תאמר א"כ וא"ע משא"כ להיות נו"כ תוך הבית אינה מחייבת ואם בעלה אינה מאמינה בלא שבועה רשות בידה שלא תהא נו"כ והמעיין באק"ז פרק הכותב דף פ"ו ע"ב בד"ה הר"ז משביעה ירחה כמו שכתבתי דהמעלה דסלכה ועיקתה שלא יוכל להשביעה משום דחייבת לעשות ולריכה לעשות על כל פנים.

ס"ב בהג"ה ייחד לה קרקע בכתובתה אף על פי שבאתה לגבות כתובתה לא מיקרי תובעת כתובתה וא"י להשביעה לפי סברא הראשונה וכתב דרישה אבי דבריו תמוהין דהא אף לסברא בתרייתא שמשביעה כ"ז שירלה היינו ע"כ בהיותה תחתיו דא' לאחר שנתגרשה הא מבואר בחה"מ סימן ל"ג ס"ו דא"י להשביעה ומדכתב כאן שבאתה לגבות כתובתה ע"כ איירי לאחר שנתגרשה וא"ז גם לסברא אחרונה א"י להשביעה אלא בתובעת כתובתה ומה זה שכתב רמ"א לפי סברא ראשונה עיי"ם ונראה דהא דלאחר שנתגרשה א"י להשביעה כיון דלא השביעה מיד הרי מחל לה כמ"ם בב"י שם לענין אלקו השותפין וא"כ הינח כשיכול להשביעה אף דאינה תובעת כתובתה אבל אם א"י להשביעה ל"ל דמחל לה ומלא עתן להשביעה וה"ם הרמ"א וא"י להשביעה לפי סברא הראשונה דלולא דייחד לה קרקע יכול להשביעה גם לאחר שנתגרשה קמ"ל בייחד א"י להשביעה ולא נתכוין לאפוקי דסברא אחרונה יכול להשביעה אלא שלא תאמר לסברא ראשונה יכול להשביעה.

אך כ"מ אם גילה הבעל לפני עדים לפני הגירושין דדעתו להשביעה לפני ב"ד אחר הגירושין דבזה יכול להשביעה א"כ כיון דהטעם משום מחילה והרי קמן דלא מחל וכן בחלקו השותפין כיון דאז לא היה לו ב"ד מוכן או שאר קבה ודאי מועיל כשגילה דעתו שאינו מוחל השבועה לכן בייחד לה קרקע לכתובתה לסברא אחרונה יכול להשביעה גם אחר גירושין.

ועוד מי לא משכחת דתובעת כתובתה לפני הגירושין באינה רולה לקבל הגט רק שיהא הכתובה ומוכן בומות לדעת הפוסקים בחו"מ סימן ק"ז דגם באפותקי יכול המלוה לתבוע מעות או קרקע אחרת או תובעת שישומו לה מן הקרקע שייחד לה כמה מגיע לה בעד כתובתה דהא אפילו ייחד לה רק מחד מלרא חשוב ייחד ופטורה מן השבועה כדאיתא בר"פ העפ"י א"כ לריכה גיבוי למדוד לה עד היכן יגיעה לה קרקע בעד כתובתה ואף דא"י לעכב הגט כשאין לו לפרוע כתובתה כדאיתא לקמן סי' קי"ט ס"ו היינו כשאין לו ומחויבת לקבל הגט עיי"ם לכן כשרולה הבעל לגרשה שלא בפני ב"ד דאטו כל דמגרש בב"ד מגרש כדאיתא בב"ב דף קע"ד באתה לב"ד לתבוע כתובה לזה פסק מהר"ם ורמ"א דזה לא מיקרי תביעה ופטורה מלישבע לסברא ראשונה ועיין לקמן סימן קכ"ד בסה"ג ספ"א בהג"ה מבסה"ג למהר"י מינץ סעיף קכ"ג דקודם מסירת הגט בידה יש לראות שלא יהיו אגודין בתביעת הכתובה אח"כ.

סימן צ"ח

ואם היא עדיין קיימת לא יגבו הלקוחות אא"כ השבע היא שלא נפרעה וכתב החמ"ח אין לזה טעם כיון דפטרה הבעל משבועה וכן הקשה הב"ח וז"ל הרא"ם בפרק הכותב שא"י אלו הן הבאין ברשותה כל שמכרה להם או נתנה להם במתנה פרש"י שאם מכרה כתובתה ונתגרשה ומתה נשבעין הלקוחות שאינן יודעין שהיא נתפרעה מכתובתה ומשמע שאם היא חיה שאין הלקוחות גובין עד שתשבע היא בעלמה ואם אינה רולה לישבע יפסידו הלקוחות עכ"ל ויל"ד הא כבר אמר שאין הלקוחות גובין ולמ"ל יפסידו הלקוחות ועוד הא מחויבת לשלם מדד"ג כדאיתא בחו"מ סימן ס"ו ס"א ודעת רש"י כל החוב לריכה לשלם כדאיתא בפרש"י שם דף פ"ו וגם הרא"ם אף עפ"י בפסקיו כתב דא"ל לשלם רק דמי המכירה אבל בתשובה כלל ס"ט כתב דמוחל לריך לשלם כולו וה"כ כשאינה רולה לישבע כמו שכתוב בחו"מ סימן ס"ו ס"א וכ"ם כאן דסמיך זה בדברי רש"י.ועכ"ל דמיירי שאין לה לשלם וסתמא הכי הוא כיון שמכרה כתובתה וכ"מ לא שכיח כדאיתא בפרק נערה דף מ"ז ע"ב בפרש"י שם וכן הא דהאשה שחבלה באחרים פטורה דתכן בהחובל דף פ"ז ומוקי לה התם דף פ"ט דאין לה כ"מ הרי דסתמא תכן משום דלא שכיח והנה מה שמהנית עם בעלה לפוטרה משבועה ל"ל שתוכל לגבות בחנם דמאין הרגלים שתבקש כן וגם הבעל לא סדי זאי בכדי אלא דאומרת דאינה רולה לישבע גם באמת דגם שבועת אמת עברה הוא דאלף עיירות נחרבו על שבועות אמת כדאיתא במדרשים ועיין בס"ח סימן ת"ח ת"ט וברבה פרשת ויקרא הובאו בחת"ם חחו"מ סימן לד"ק אמנם זה דוקא בנשבע לצורך עלמו אזי הוי לו לוותר ממונו ולא לישבע אבל בכגון זו דנשבעת בשביל הלקיחות ואם לא תשבע יפסידו כשאין לה לשלם מחויבת לישבע ויש בו משום השבת אבדה ולהליל עשוק מיד עושקו והוי ככובש עדותו ואדרבה אם לא תשבע עברה בידה דאין לה להתחסד ולגרום הפסד ללקוחות א"כ מתחלה לא אדעתא דהכי התנו שתפטר משבועה ואם בכגון זו אינה רולה לישבע רגל"ד שאינה יכולה לישבע כמלא דאין גובין הלקוחות עד שתשבע דוקא כשאין לה לשלם ויפסידו הלקוחות לכן כתב הרא"ם ויפסידו הלקוחות ובלא"ה כמי כשיש לה לשלם ומשלמת ללקוחות משום דד"ג מוכרחין הלקוחות לחזור ולמכור

לה

לה הכתובה שתוכל לגבות מבעלה דאם אין רוצין להחזיר איכה גורמת להם היזק דאינהו מפסדי אנפשייהו דהא רוצה לשלם להם ע"י החזרת הכתובה ואז כשיהא לה הכתובה הרי תקח מן הבעל הכתובה בלא שבועה דהא פטר אותה משבועה עכ"פ כשנושאת לעלמא א"כ אפוכי מטרתא למה וישלם הבעל מיד בלא שבועתה כמלא ל"ק כמו מהא דבחו"מ סימן ק"ו סעי' ו' דאם יש נאמנות בשט"ח שא"ל המוכר לישבע וגובין הלקוחות בלא שבועת המוכר דהתם מיירי בים למוכר לשלם ללוקח מה דהפסידו בזה שאינו רוצה לישבע.

וגם להטעם שכתב הטו"ז דבזה שהממון שייך לאחרים לא מפני נאמנות שנתן לה דלא נתכוין לפוטרה אלא להנאתה דהיינו אם הממון יגיע לה גם כן יש לחלק דאם יש לה לשלם וע"כ תשלם ללוקח אם לא תשבע ממילא הפטור גם בזה להנאתה רק אם אין לה לשלם אין הפטור להנאתה אף דמוא תתעשר בזה לא חשוב להנאתה כמו בחו"מ סימן ל"ז סעי' לענין נוגע וסרס הדברים דאמרינן יד בעה"ש עה"ת וכל מה דיש לומר דבזה האופן לא פטרה משום איזה טעם חייבת לישבע וכה"ג איתא בחו"מ סימן ע"א ס"ג ובסמ"ע שם סק"ז ובבעה"ת שער כ"ו ח"ד בשם רמב"ן.

ובטור חו"מ סימן ס"ו סעי' כתב אם המוכר קיים ישבע אם אין בשטר נאמנות ואם אינו רוצה לישבע יפסיד והקשה ב"י למה יפסיד יכופו ב"ד למוכר שישבע או ישלם החוב ותירץ דיפסיד אם אין למוכר לשלם ופרישה כתב דיפסיד המוכר כי צריך לשלם ללוקח והמחבר בש"ע לא כתב דיפסיד אלא לא יפרע הלוה וכתב רמ"א דהמוכר צריך לשלם ללוקח ולפמ"ש בכונה שינה המחבר מלשון הטור כיון דכאן בא"ע כתב דגם אם יש בו נאמנות לא יפרע הבעל עד שתשבע וע"כ כשאין לאשה לשלם והתם ע"כ כשיש למוכר לשלם אזי כשיש בשטר נאמנות א"צ המוכר לישבע ובטור עכצ"ל כמ"ש הפרישה.

ובנ"י בשם רמב"ן כתב דטעמו של רש"י דאם האשה קיימת איך ישבע לוקח שלא אמרה לי שטר זה פרוע והלא למחר תאמר שהיא פרועה ומהימנה במגו שיכולה למחול וכן הדין במלוה הלכך צריכה היא או המלוה לישבע בעצמם אבל במכנסת שט"ח לבעלה שא"י למחול סגי בשבועות הבעל והב"ח דחה טעם זה דהא להגבות להם קודם שישבעו ע"י זיכה לאחר אם ישבעו ופשיטא דאח"כ אין במחילתה כלום עכ"ל ואין להקשות מגיטין דף י"ד דשולח חוב או פקדון ע"י אחר דלולא הולך כזכי יכול המשלח לחזור בו ואין השליח יכול לזכות בע"כ של משלח דשאני התם דהאחריות על המשלח כיון ששלח שלא מדעת מלוה אך לדעתי א"כ ל"ק זיכה ע"י אחר אף דלוקח מרוצה דהא כ"ז שלא פרע עדיין הפרעון של לוה או הבעל דב"ח מכאן ולהבא גובה וצריך שליחות של בעל הממון כמ"ש תוספת בב"מ דף ע' ע"ב וכנ"י בשם הר"ן בפ"ק דב"מ ועוד דהיה תופס לב"ח במקום שחב לאחריני כי אם לא יזכה האחר בשביל לוקח פטור לוה ובעל לפרוע בלא שבועות אשה ומלוה עצמם ואפשר לא ירצו לישבע ועוד כ"ז שלא זכה בשביל לוקח יכול מלוה או האשה למחול והרי להכי פורע חובו של חברו אבד מעותיו דיכול לוה לומר מפייס הוינא לו והיה מוחל לי ול"ד להא דכתב בתשובת הרי"ף שהביא כ"מ בפ"ק דב"מ דהיכא דלוה מפסיד נכסיה דיכול אחר לתפוס בשביל המלוה משום תקנה דשאני הכא דאיכא פסידא נמי לבעל ולוה שמא לא תשבע האשה או המלוה עצמו ויפטר ועוד אין למדין מתקנה דהתם שבית עניות ואפשר לא ישאר ממה לפרוע אבל מכירת שט"ח ל"ש דלהכי לא תקנו תק"ה בשטרות כמ"ש בחו"מ סימן סמ"ך ס"א.

והנה לפי טעמו של רמב"ן והטו"ז ולטעם שכתבתי לעיל אם הלוקח חזר ומכר השט"ח למלוה אפילו בלא כותב כמ"ש בש"ך חו"מ סימן ס"ו דלא גובה המלוה בלא שבועה דהא יש לו נאמנות בלא"ה ולעצמו גובה וכן בכתובה אבל לפמ"ש בערך ש"י על חו"מ סי' ס"ו סעי' בטעם הדבר דמכירת כתובה לא שכיח כלל וגלע ומכירת שט"ח דשכיח קלא דכל לגבי בעלה ודאי מחלה ולא מסקא אדעתא להתנות בנאמנות בשביל זה עיי"ש כי הוא טעם לשבח א"כ גם כשחזר הלוקח ומכר שכתובה להאשה איכה גובה בלא שבועה כיון דכבר אפסקה אחר ובאה בכח הלוקח שחזר ומכר לה שעבוד נכסי.

ס"ב אם פגמו הכתובה בחמ"ח סק"י כתב דסמ"ע ריש סימן פ"ד כתב להלכה שאם פגמו בנו לא ישבע שהתקנה שהתקינו בו התקינו ולא בבנו והוא מדברי ב"י בשם בעה"ת שכ"כ בשם הירושלמי וכאן פסק המחבר להלכה שגם ביורשים שייך פגם וגם ב"מ כתב עיין ש"ך ר"ס פ"ד וא"י למה השמיט ראיה זו עכ"ל ולק"מ דבירושלמי בהכותב ה"ז ז"ל בדין היה אפילו אביו לא ישבע תקנה תקני בו שישבע בבנו לא תקנו כיון שמת העמדת את בנו על ד"ת והירושלמי מיירי שם בשטר חוב דמד"ת נוטל בלא שבועה אבל כתובה דקי"ל שהוא עיקרו מדרבנן הם אמרו והם אמרו הפוגמת לא תטול אלא בשבועה דל"ל העמדת על ד"ת ומ"מ לדידה גם בשטר חוב אם פגמו בנו צריך לישבע דבירושלמי איתא יורש שפגם אביו שט"ח הבן גובה שלא בשבועה וכן הובא בש"ך שם אלא דבעה"ת גרס בירושלמי פגמו בנו ואחריו נמשכו הב"י וסמ"ע ומה שהקשה הש"ך כיון דטעמא דפרע דייק ולמפרע ל"ד מ"ש פגמו אביו צריך לישבע מ"ש פגמו בנו י"ל דמשום חשש דמפרע ל"ד לבד לא תקנו שישבע כיון די"ל חזקה שטרך בידי מה בעי ודאי קושטא קאמר אלא לעומת זה חזקה א"א מעיז פניו בפני ב"ח אף די"ל אשתמוטי קמשתמיט מ"מ בכופר הכל יש הך חזקה כדאיתא בפ"ק דב"מ בכולא דבעי לכפור אלא דחזקה א"א מעיז בפני בע"ח אבל פגמו בנו ליכא חזקה דאינו מעיז בפני בע"ח דהוא לא הימנה ולא עשה לו טובה או דמה חזית דפרע דייק יותר אטו דמא דידיה סומק טפי ואדרבה אמרינן בב"מ דף ל"ה לוה ומקיים במלוה תומת ישרים תנחם אלא משום דהמלוה הימנה שישלם לו ועשה לו טובה לכן דייק טפי שלא משיב רעה תחת טובה ול"ל משום דקשה יותר ליתן מליטול דתינח דדייק מה"ט שלא יפרע יותר אבל לא ידייק מלפרוע פחות וא"כ לגבי בנו של מלוה ליכא טעמא דעשה לו טובה והימנה ומה שהביא בעה"ת ראיה מירושלמי זה לענין תקנה שישבע אין לי דלא תקנו בבנו והא הכא יש טעם לחלק התם נמי יש לחלק כמ"ש בגד"ת שם וראיית בעה"ת כמו לענין תקנת פוגם שטרו אמרינן בבנו לא תקנו משום טעם כ"ד ולא אמרינן לא פלוג בתקנת פוגם ה"כ לענין תקנת שבועת אין לי.

אמנם לפמ"ש לתרץ קושית הש"ך דאם פגמו בנו מ"ל אביו יתעורר קושית הש"ך למה הביא בעה"ת ירושלמי זה לענין שבועות אין לי בש"ב ח"א ולא הביאו בשכ"א בדין פוגם ונראה משום דחזינן

דים

דיש נוסחא בירושלמי יורש שפגם אביו ולפני בעה"ת היה הגרסא פגמו בנו וכבר כתבו הראשונים דאין לסמוך כלל על נוסחאות הירושלמי שבידינו כי כבר ידוע שהנוסחאות מרובות בטעיות חסיר יתיר חליף באופן שאין להחליט הדבר מתוך נסחאות שלנו וגם בלא"ה בדבר שחולק הירושלמי והביא איזה ברייתא ובבבלי לא הובא הרבה פעמים לא סמכו הפוסקים על הירושלמי וכמ"ש מהרשד"ס חיו"ד סי' קל"ב הובא כ"ז ביד מלאכי בכללי שני התלמודים לכן לענין דיכא דפוגם לא סמך בעה"ת על הירושלמי להוציא ממון בלא שבועה משא"כ לענין לפטור בן הלוה משבועת אין כי מספק אין לחייבו שבועה ועוד דהוי ספק בתקנה דמוקמינן אדינא בתקנת הגאונים משא"כ ספק בתקנת חכמי התלמוד דספק בתקנתם הוי כספק בד"ת והממע"ה כמ"ש בשו"ת פרח מטה אהרן ח"א סימן מ"א והובא בפ"ת חו"מ סח"י סק"ח וילא לכו מזה דאם פגמו בנו דחייב לישבע אך אם תפס אין לכדותו שישבע או יחזור וכדעת הב"י והסמ"ע אך כ"ז לענין שט"ח אבל לענין כתובה דמבואר כאן דפגמה בנה חייב לישבע דמודה הב"י בזה משום דחיוב כתובה ג"כ רק תקנה גם אם תפס לא מלי למימר קי"ל.

ומשביעין ג"כ יורשים עיין ב"ש סק"ז דאם פגם המלוה דאין שבועה מוטל על היורשים ולכאורה אינו מובן למה לא ישבעו שבועה שלא פקדנו וכראה הטעם דהא בכל פוגם הקשו תוספת דיהא נאמן במגו ותרלו כיון דמפרע לא דייק אומר בדדמי ולי"ם מגו משא"כ ביורשים מה ששומעים לוואת אביהם לי"ם בדדמי כי מה שייך בזה דמפרע לי"ד עכ"ל בית יעקב אמנם הש"ך בר"ס פ"ד העלה אם טוען הלוה פרעתי לאביך הכל והוא טוען אבא אמר לי שפרעת לו קלתו לריך לישבע שלא פקדני אבא גם כנגד הלוה עלמו אע"ג דלא אמר אשתבע לי עיי"ש ומה שטען הבית יעקב דיש לו מגו הנה באה"ז תרלו תר"י דהסכימו כל הגאונים דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן וא"כ אין היורש יכול להוציא בלא שבועה וילי"ד על הבית יעקב דבעלמו כתב בכללי מגו אות כ"ה מגו לאפטורי משבועה מחלוקת הפוסקים ומגו לאפטורי משבועה כדי ליטול לכ"ע לא אמרינן והוא מהרא"ם פי' כל הנשבעין והובא בכנה"ג ובתומים בכללי מגו אות קט"ז אלא דקשה דהרי קמן דתוס' הקשו על שבועת פוגמות דבאה ליטול דתהימן במגו דלא פגמה וי"ל עפימ"ש בתומים בכ"מ אות קי"ג עמ"ש הרמב"ס במלוה על המשכון דלריך שבועה דאלו היו עדים שראו שהשכין בידו ולא ידעו בכמה דל"ל מגו דלקוח ולריך שבועה א"כ אף דליכא עדים וי"ל מגו דלקוח מגו לאפטורי משבועה ל"א דיש להבין מה לורך לזה דאלו היו עדים היה חייב שבועה לימא בקילור מגו לאפטורי משבועה ל"א ותירץ דבשלמא אי איכא מקום דחייב שבועה וליכא מגו אזי גם כשיש מגו השבועה לא זזה ממקומה דלא מהני מגו לדחות השבועה אבל אם ליכא מקום לחול השבועה כי לעולם יש מגו אין מליאות לשבועה כלל ולא שייך לומר מגו לפטור משבועה ל"א דמעולם לא ה"ל להטיל שבועה כלל כיון דהוא כנגד השכל עיי"ש וא"כ י"ל דתוספת שפיר הקשו על פוגמת דחייבת שבועה לס"ד דפוגם בעדים א"ל שבועה א"כ ליכא מליאות בלא מגו ולמה הטילו עליה שבועה דכהי דאחר שכבר ישנו לשבועה בלא מגו אזי מגו לאפטורי משבועה ל"א או משום דבאה ליטול מ"מ דוקא אם כבר יש מקום לשבועה כשליכא מגו ואיך ס"ד דש"ס דכשיש עדים על הפגם א"ל שבועה דא"כ בליכא עדים לעולם יש לה מגו לכן לא תרלו כתר"י הכ"ל ממילא למסקנא דקי"ל דפוגמת בעדים ג"כ לריכה שבועה וכן יורשיה אם יש עדים על הפגם לריכין שבועה שלא פקדנו וממילא גם כשליכא עדים לא אמרינן מגו לכ"ע ואין נוטלין בלא שבועה.

ס"ז וי"א דגם לגבי יורשיו אינו מועיל פטור ולא נאמנות ובחו"מ סי' ע"א לא הביא רמ"א דעה זאת וכראה דהריטב"א שבב"י סוף סימן זה כתב משום דלמא לא גמר ואקני לעקור הק"ח דבאה ליפרע מיתומים לא תפרע אלא בשבועה עיי"ש וי"ל עוד דהוי אסמכתא דסמכ"ד שלא תתבע הכתובה אם לא יגיע לה אך כתב רמב"ן בפ"ג דנדרים דאסמכתא לי"ם רק בתנאי שהתנה א"ל באתי א"ל אפרע וכה"ג דשמא לא אתרמי לו לבוא או לעשות משא"כ אם אעשה ועשה ודאי גמר ומקנה כיון דבדעתא דנפשיה עביד עיי"ש וא"כ בשלמא בלוה דמיירי ביה בחו"מ כל הפטור והנאמנות אם יפרע ולא יקרע השטר או לא יכתוב עליו תברא יטול המלוה בלא שבועה וזה היה בידו שלא לפרוע עד שיחזור לו שטרו או יכתוב עליו תברא וכיון דעשה ופרע מדעתא דנפשיה ודאי גמר ומקנה אף דמה שהאמין למלוה בשעת הלואה היה בהכרח שהולרך למעות משא"כ בכתובה כיון דהאשה בביתו ושמא תפסה בעלמה או בזבזה דהוא לא עביד כלום שפיר י"ל דלא גמר ואקני לעקור תק"ח אלא שלא רלתה להכשא לו בלתי תנאי זה הוכרח לכך.

ועוי"ל לפימ"ש המרדכי בב"ק דאסמכת קונה ונדאורייתא רק תק"ח דלא קנה משום דלא גמר ומקנה דסמכא דעתיה שלא יבא לידי כך וא"כ כיון דהכפרע מיורשים לא יפרע אלא בשבועה ג"כ רק תק"ח ולומר דגם פיטור ל"מ משום אסמכתא הוי תקנתא לתקנתא ולא עבדין אבל כתובה כל חיובו רק תקנה והם אמרו דלא תפרע מיתומים אלא בשבועה כמלא לא תקנו לגבות כתובה מיורשים בלא שבועה א"כ הנאמנות שנותן לה הוי חיוב מה שלא חייב מן התורה ממילא אמרינן דהוי אסמכתא דסמכ"ד שלא יבא לידי כך או בטעם הריטב"א דלא גמר ואקני תק"ה דג"ז איכה טענה מן התורה דדברים שבלב אינן דברים וכסברת מרדכי לענין אסמכתא דג"כ משום שמא לא גמר ואקני דאין חוששין לזה מן התורה דדברים שבלב לא הוי דברים.

סימן צ"ט

אבל גרושה כתב בטור בשם בע"ע דאם קרחה עליו שמין לה ואם טוען שקרחה והיא מכחשת כתב בקו"א להפלאה לכאורה יש לדמותו לדין הרחקת אילן מן העיר כיון דבודאי לריך לקלוץ והספק איזה קדם פטורים בני העיר מליתן דמים ה"כ כיון דהספק רק בדמים פטורה מספק עיי"ש וזה איכו דומה רק אם הבעל מוחזק בבגדיה וכבר נפרעת כתובתה כיון דע"כ לריך להחזיר לה הבגדים רק הטענה על דמיהן האשה מוחזקת משא"כ אם רולה לנכות מכתובתה הרי הבעל מוחזק במעות וכראה דזה הוי כטענת יש לי בידך כנגד הכתובה דמבואר בש"ך חו"מ סימן ע"ה ס"ז דא"י לטעון רק במגו דפרעתי א"כ אם הטענה כאן בעת שמגרשה דא"י

דא״י לטעון פרעתיך דא״א פורע תו״ז כמ״ש ב״ש לעיל סימן ל״ו סק״ח ה״נ אינו יכול לטעון שברחה עליו ונוטלת כתובתה בלא שום שבועה אבל כשטוענין אחר גירושין כמו די״ל אשתבע לי דל״פ ה״נ יכול לטעון יש לי בידך כנגדו ואישתבע לי דהא גם אם טוען למה מחלת לי והוא לאחר זמן פרעון י״א די״ל אשתבע לי דלא מחלת כדאיתא בחו״מ סימן פ״ב ס״א בשם י״א ועיי״ש בקצו״ח דהיינו במגו דפרעתיך אך בפ״ת שם כתב בשם הגר״ע די״ל ומחלת לי בלא מגו אפילו תו״ז דלהשביע א״ל מגו וכ״כ בשע״מ סי׳ ע״ח סק״ב ועיין בערך ש״י סי׳ פ״ב ס״ב.

ובהה״י דהה מ״ש הפלאה דזה דומה לאילן ספק זה קדים דשאני אילן אף שאין לבני העיר מעות כלל מחויב לקץ והמעות כשאר חוב משא״כ הכא אם אינה נותנת דמים אינה נוטלת בגדים כי לא נתן כלל במתנה רק כשתתן דמים ודמיא נמי לשומא הדרא שבחו״מ סימן ק״ג ס״ט כמ״ש בהגהת טו״ז שם והוא פשוט עכ״ל.

ואישתמיט להו להגהת טו״ז וקה״י תשובת הרשב״א סימן התקל״ט דכתב ביורש מוחזק בקרקע שהיה לאביו עידי חזקה דנאמן לומר דמשכון הוא ביד אביו בכו״כ במגו דלקוח אף דהאב לא היה נאמן אלא בשבועה והיורש אינו יודע לישבע וא״א מוליש שבועה לבניו דשאני הכא דיורש מוחזק בקרקע וכתב דל״ל כיון דעכ״פ תחזור הקרקע ללוה הוי הלוה מוחזק כדאיתא בפרק המקבל דף ק״י ובפרק לא יחפור דף כ״ה באילן סמוך לעיר כיון דלמיקץ קאי כמאן דקץ דמי ועל הדמים יצית ראיה ולשקול דשאני הכא דמלוה היה לו מגו דלקוח עיי״ש ואם כסברת הגהת טו״ז וקה״י שאני משכון דהלוה צריך לשלם מקודם סילוק משכונו ולמה לו להרשב״א לחלק מטעם מגו חשוב המלוה מוחזק ולפ״ז אם אין להבעל מגו חשובה האשה מוחזקת אף דהבגדים ברשות הבעל וצריך להחזירם לה ואח״כ תשבע היסת כמ״ש הש״ך חו״מ סי׳ ע״ב ס״ח ס״ק פ״ב ולפימ״ש בערך ש״י חו״מ סי׳ כ״ד ה״נ ישלים הבעל הבגדים ותשבע היסת ותטול.

ולפ״ז י״ל קושית לה״מ פ״א מנלוה על הה״מ שכתב דלשון אין שמין מה שעליה דייק דלבע שלבע לשמה דעדיין לא נשבתן אינן שלה והקשה הלח״מ דא״כ איך אמר בס״פ כ״ש דתנן כוותיה דשמואל דאין שמין מה שעליה דתנן דמעריך א״ע אין לו לא בכסות אשתו ולא בלבע לשמן והרי גם לשמואל אין להאשה בלבע שלבע לשמה עיי״ש דנדחק לתרץ ולפימ״ש י״ל דגם לס״ד ידע דיש סברא דאדעתא למיפק לא אקני לה אלא דס״ד כיון דגוף הבגדים עכ״פ שלה אלא דדינן אם תשלם בעדן חשיבה האשה מוחזקת לא מהני אומדנא להוציא מחזקתה וכדאמרינן בפ״ו דב״ב דף ל״ג ובחו״מ סי׳ ת״ה דאין מוציאין ממון באומדנא ואף דרוצה לגבות מפרעון הכתובה לא מהני כיון דיש לה שטר כתובה או דמעב״ד ככתובה בידה והספק אינו אם פרע הכתובה רק הספק על כד אחר אם יש לו כנגדו בידה חשובה האשה מוחזקת כמבואר בדיני תפיסה בנה״מ סי״ד אך מה דאין לבעל גוף הבגדים רק דמיהן גם נראה מטעם שכתב הריטב״א שאינו בדין שיפשטוה ערומה ותלך זה ל״ש רק בבגדים שעליה או כבר נפשתן משא״כ בלבע שלבע לשמה והמתרץ ס״ל דאלים אומדנא זו לרב גם להוציא ולפ״ז בגרושה ויש הכחשה אם ברחה חשוב בעל מוחזק

בלבע שלבע לשמה אם לא תפסה באופן שיש לה מגו ובאלמנה בבגדים שלבע לשמן חוזרין בעין ליורשי בעלה.

של רגל ושבת עיין חמ״ח דאם היא מוחזקת בכתובתה אין מוציאין מידה די״ל קי״ל כהרא״ש וטור ומהר״ם דבתראי נינהו ובנה״מ בדיני תפיסה סי״ד כתב דבביאה או פלוגתא דרבוותא ואין הספק אם כפרע או נמחל השטר רק הספק מלד אחר ורולה הלוה לתפוס נגד השטר ומחמת קי״ל לא מהני תפיסתו דבזה הוי השטר כגבוי וא״כ ה״נ אפילו הבעל מוחזק בדמי כתובתה לא מהני תפיסתו ואפילו מוחזק כמי בהבגדים כיון דלריך ליתן לה הבגדים רק דבין על דמיהן כמ״ש לעיל וא״כ נראה מכאן דלא כנה״מ שם.

ובקו״א להפלאה כתב כיון דפליגי הפוסקים די״ל קי״ל אפילו בתפיסה בעדים ה״נ מהני תפיסת הבעל אם לא פרע עדיין הכתובה אבל בשאר ספק שמחולקים בטענה י״ל דאינו יכול לטעון נגד שטר כתובתה עיי״ש ובשו״ת רשב״א סי׳ תקע״א בנידון שהאשה מכרה את הבעל ורולה לגבות מכתובתה שטוען שהפקיד על ידה כתב דלא מהני תפיסת הבעל אפילו האשה אינה יודעת כמה הפקיד חדא דלא מהני תפיסה בעדים וכיון דשטר כתובה בידה הוי תפיסתו בעדים ועוד דאין זה תפיסה אלא בלומר פרעתיך והגע עלמך אילו היה אחד חייב לחברו מנה בשטר ואמר יש לי בידך כנגדן מלוה ופקדון מי מהימן אם תפס ותדע דבפרק הכותב איתא כל דפרעיה בין דיליה מהימן לומר סטראי נינהו אף דמודה מלוה שקבלם ולא אמרינן זוזי היכא דקיימי קיימי לפי שהשטר כמוחזק עיי״ש נראה כמ״ש הפלאה דאם מחולקים בטענה לא מהני תפיסת הלוה נגד שטר דהוי תפיסה בעדים ולפי מה שסיים הרשב״א שהשטר כמוחזק נראה דאפילו בפלוגתא דרבוותא לא מהני תפיסה נגד שטר וכדעת הרי״ף שהביא בנה״מ שם אפילו אם הספק בפרעון השטר ועכ״פ אם הספק מלד אחר שו״ר בספר תק״כ סי׳ ק״ל הביא ג״כ דברי הרשב״א והעלה דל״מ תפיסה נגד שטר אם הספק או פלוגתא דרבוותא מלד אחר וזה היה בהעלם עין מן החמ״ח וב״ש והפלאה.

אך י״ל כיון דיש ק״ס מסייעו לבעל חדא במה כהפוסקים דגרושה כאלמנה ואף בגדי חול שמין ואת״ל אינה כאלמנה שמא כפוסקים דס״ל בגדי שבת ורגל שמין וכבר פליגי פוסקים אם בס״ס מוציאין ואכן אין מוציאין דשו״ת עדיף אבל כאן הוי שו״ת שלא להוציא מהבעל.

של רגל ושבת שמין לה ואם מחולקין שהיא אומרת שהן של חול ובעל אומר שהן של שבת עליה להביא ראיה לפי שהיא מוליאה מן הבעל והוא ברדב״ז ח״ב סי׳ שס״ו הובא בכנה״ג ובאה״ט וכ״ל דרדב״ז לשיטתו שכתב בסי׳ ק״א בח״ד במסקנתו דאם לבשה הגרושה בגדי שבת ובאה לב״ד ורלה הבעל לסלקה בזוזי הדין עמו דל״ל טעם של ריטב״א דלא יפשטוה ערומה כיון דבגדי חול מיהא אית לה מלי מסלק לה ותלך לביתה ותפשיט בגדי שבת ותלבש בגדי חול עיי״ש אבל לפימ״ש החמ״ח וב״ש דגם בבגדי שבת ויו״ט לא יכולין לסלקה מהן אלא שמין אותן ומנכין מכתובתה א״כ לא מבעיא אם מוחזקת בהבגדים דעל בעל להביא ראיה אלא אפילו בעל מוחזק מ״מ כיון דאין דנין רק על דמיהן האשה

חשיבה

חשיבה מוחזקת ואף דבעל מוחזק בדמי כתובתה הא נגד שטר כתובתה לא מהימן לומר יש לי בידך כנגדו כמ"ש לעיל גם דברי רדב"ז ל"ע במ"ש אפילו לובשת אותן כמו שהעתיק כנה"ג ובאה"ט דמשמע כשדכין מלובשת בהן והרי היא מוחזקת למה עליה להביא ראיה הלא הבעל בא להוציא ממנה וברדב"ז כתב שלבשה אותם י"ל שכבר לבשה אותם ועתה הם ברשות בעל והיא באה להוציא ממנו ואפשר איירי בידוע שבעלה עשה לה אותם בגדים וכיון דגם עתה אינן אותם בידה הוי תפיסה בעדים ולא מהני טענתה לפי שיטת רדב"ז דהדין על גוף הבגדים דהוה כדבר העשוי להשאיל ולהשכיר דא"י לטעון לקוח הוא בידי וכגודרת דאין להן חזקה דה"נ אין תפיסתה ראיה כיון דבכל עת היו מצוין בידיה וכה"ג כתב בשו"ת רמב"ן סי' למ"ד.

סימן קו"ף

ס"א במתנות בריא בקש"י תירץ סתירת הרשב"א דכשהודה לפני ב"ד דתלינן דהודה לדחות בע"ה אינו מועיל מצד קנין אודיתא ולומר דהודה באמת מחמת מגו מנגד לו החזקה דמה שת"י שלו משא"כ בהוציא חברו כת"י של זה שהודה אין החזקה מנגד להמגו דאמרינן אמת שלא חייב לו מכבר מצד החזקה אלא דמועיל הודאתו מצד שחייב את עצמו מנכסיו ומועיל מצד קנין אודיתא עיי"ש ולא נראה לי דבשלמא אודיתא דאיסור גיורא דהוי קנין אף דגם המקבל יודע שאינו אמת מ"מ לא מרעא החזקה להודאתו כיון דהודאות בע"ד בשלו כמאה עדים מועיל גם נגד חזקה והוי קנין משא"כ כשחב לאחריני דלא אמרינן הודאות בע"ד כמ"ע וכאלו אינו בע"ד דאין הדבר שלו ממילא כיון דאינו מועיל מצד הודאות בע"ד לומר דחייב מכבר ממילא לא הוי כמי קנין אודיתא שו"ר בקצוה"ח כמו שכתבתי עיי"ש בסימן ל"ט סק"ב.

ועוד הא במקוה"ח סי' תמ"ח כתב דלענין מכירת חמץ אין לסמוך על קנין אודיתא האמור בב"ב דף קמ"ט דלענין הפקעת איסור לא מהני הודאה בשקר וכן מוכח בחידושי רשב"א לקידושין דף כ"ו דאודיתא לאו קנין הוא רק הוא מטעם שאדם נאמן על עצמו לחוב לעצמו והב"ד עושין עפ"י הודאתו עיי"ש וא"כ כשחב לאחריני אינו חב לעצמו ואיך יעשו ב"ד עפ"י הודאתו לחוב לאחריני.

ועוד כיון דקנין אודיתא רק מדרבנן כמ"ש התוס' בב"ק פרק הגוזל דף ק"ד בד"ה אגב א"כ י"ל תקנתא לרשיעא לא עבדי רבנן דודאי רשע הוא אם נותן שלו לאחר ואינו משלם למי שחייב לו מכבר ועיין רמב"ם פ"ט מה"ז ה"י ובמל"מ שם ובחו"מ סי' רכ"ו ס"ג.

אמנם ביישוב סתירת הרשב"א נ"ל דבזה נתחבטו בש"ך ותומים סימן ל"ט וב"ש כאן דז"ל תשובת רשב"א ח"ב סי' קנ"א ראובן הודה בכת"י לשמואל בן שמעון אחיו שכל מה שיש לו בין קרקע בין מטלטלין היה שותף בינו ובין שותף אחיו אבי שמואל ואלמנת ראובן טוענת שאינה מאמינה שנכתב כתב הודאה זה קודם שנשאת והשיב דנאמן על המטלטלין דאלו רצה להוציאם משעבודה למה לו לשקר הרי יכול ליתנם לזה עכשיו או למוכרם לו את"ד ובח"א סי' אלף מ"ז כתב באמר של פלוני הם דלא מועיל מגו והרשב"א לשיטתו דבשמ"ע סי' קמ"ע ס"ז הביא תשובת רשב"א דמה שירשו אחין מאביהם יחד הם כשותפין ואין מחזיקין זה על זה ואפילו אין כיס אחד להם אין מחזיקין באותה ירושה ובחו"מ סי' קי"ב ס"ב איתא כשבא מלוה לטרוף מלקוחות וטוענים שאחר שלוה קנה הלוה אותם קרקעות י"א שבעל המלוה להביא ראיה וי"א דמעמידין הנכסים על חזקתן ונאמר שהיו שלו ושל אבותיו מעולם וכדעת י"א השני כתב בתשובת רשב"א הובא בב"י וחו"מ ס"ס ר"כ וגם י"א ראשון דעתם רק משום דמלוה בא להוציא מהלוקח לא אלים חזקה זו להוציא ועש"ך סי' סמך ס"ו ס"ק כ"ח ולכן בהודה לאחיו ולא ידענו מהיכן באו נכסים הללו ליד ראובן אמרינן דירשם מאביו וא"כ אין לומר חזקה כל מה שת"י של אדם הוא שלו דבירושה אין אחים מחזיקין זע"ז אלא כשאין לו מגו כיון דספק הוא עכ"פ שמא אחיו אבי שמואל לקח חלק ירושתו וקנוניא עשה ראובן ואין ספק מוציא מידי ודאי שעבוד הכתובה לזה צריך מגו משא"כ בתשובה ח"א אלף מ"ז דלא איירי באחים ולא לחנם נקט בח"ב השאלה באחים וגם הודה ראובן על כל נכסיו דרגל"ד שהבית והון נחלת אבות וירשו שניהם ועיין בד"מ ס"ס קי"ב לחו"מ סק"ג דהיכא שאין שום אחד מוחזק יש לסמוך אמ"ד דהזקה שהיו של אבותיו.

ועוד לפימ"ש הרשב"א בסימן תתק"ן באחים ואחיות מסתברא כי לעתים אין להם חזקה וזה תלוי בראיות ב"ד וכ"כ רמב"ן במיוחסות סימן ל"ג וא"כ כשי ברחוקים אנן סהדי דכל מה שת"י הוא שלו ולפיכך לא מהני מגו נגד אנן סהדי וכמ"ש בשו"ת רשב"א ח"ב סי' רמ"ה אבל באחים דלעתים אין להם חזקה ותלוי בראיות ב"ד ה"נ מהני מגו דמסתברא דקושטא קאמר וראיה לזה משו"ת ריב"ש סימן רכ"ב בעובדא דיצחק היה ידוע לו קרקע ואלמנת יעקב בן אחיו של יצחק טוענת דבעלה הוא החזיקו באותו קרקע ג"ש והשיב יצחק כי לא הקפיד על בן אחיו שהיה מורשה בנכסיו והשיב ריב"ש עפימ"ש הרשב"א הנ"ל דבאחים לעתים אין להם חזקה זע"ז ה"נ שהיה יעקב בן אחיו וטוען יצחק שלא הקפיד מחמת שהיה מורשה שלו אע"ג דאין ליצחק עדות שהיה יעקב מורשה שלו הא גם האלמנה אין לה ראיה על החזקה רק מתוך הודאות יצחק לכן נאמן יצחק במגו עיי"ש והרי דלא סמך הריב"ש על מגו של יצחק וע"כ משום די"ל דהוה כמגו במקום אנן סהדי כיון דהניח ליעקב ואשתו לאכול כל פירות הקרקע ולא עשה שום מחאה כל ג"ש וכ"ד רשב"א שבא"ס"ז בפמז"ה דף ל"ג דגם כשאין ראיה למחזיק על חזקת ג"ש רק עפ"י הודאות המערער אין המערער נאמן לטעון לא מכרתי ואף דבערך ש"י סי' ק"ס ס"ח כתבתי בזה פלוגתת שע"ת וכתובות והעלתי דמגו דהפה שאסר מהני מ"מ י"ל דהריב"ש כתב לרווחא דמלתא דאא"ל דמגו כזו כמי לא מהני נגד חזקת ג"ש כיון דאנן סהדי מדלא מיחה בו מ"מ בהצטרף להמגו שהיה בן אחיו דלעתים אין לו חזקה נאמן יצחק במגו וע"כ ה"נ נאמן לומר דנכסיו בשותפות עם אחיו אף דהמחזיק הוא לבד בהנכסים כיון דיש לו מגו דבידו היה ליתן או למכור וגם הודה לאחיו דאין החזקה אלים כ"כ כמו ברחוק כי לעתים אין להם חזקה זע"ז ותלוי בראות עיני הב"ד אף דברחוקים לא תלוי בראות עיני הב"ד ה"נ ע"י המגו דיש הוכחה דקושטא הוא.

ונפקא

ונפקא מינה בין שני תירוצים שכתבתי דלתירוץ ראשון צ"ל דמיירי הרשב"א בקרקעות ומטלטלין שאין בהן דין חלוקה כגון דבכל קרקע לית בה דין חלוקה והקרקעות אין שוין בדמיהן או אין שוין בתשמישן וכל המטלטלין ג"כ עד"ז על דרך המבואר בחו"מ סימן קע"א ס"ג וסי"ג דהא הרשב"א לא אמר דיורשים אין מחזיקין זע"ז רק משום דהן כשותפין והרי בשותפין נמי אם יש דין חלוקה מחזיקין זע"ז כדאיתא בסימן קמ"ט ס"ב וברשב"א בב"י מחס"א שמתנה הוציא הסמ"ע דבריו וכ"כ בתשובת רשב"א ח"ד סי' קע"א אמנם י"ל כיון דאמרינן דנחלת אבותיו של ראובן הוא א"כ שמעון אחיו מעיקרא היה לו בו חלק אלא מאחר שהוא עתה תחת יד ראובן כיתא דקנה משמעון או נתן לו חלק אחר דג"כ הוי כלוקח דקי"ל אחין שחלקו לקוחות הן כמ"ש תוס' השולח דף מ"ח א"כ הרי מהרלב"ח מספ"ל אם החזיק בבית ג"ש וידוע דמעיקרא היה של שמעון אם מהני הודאות ראובן שעדיין הוא של שמעון ואינה נוטלת כתובתה מהבית ומהריב"ל ס"ל דמהני ההודאה כמ"ש בכנה"ג בהגהות ב"י אות ל"ח א"כ עכ"פ מהני מגו בכה"ג אפי' יש בהן דין חליקה.

ס"ב בהג"ה לאחר ב' או ג' שנים בשו"ת חוה"ש סי' ל"ג כתב ע"ד השטר שכתוב בו מעכשיו נתתי לבני יעקב ד"א קרקע ואגבן הקניתי ונתתי אליו במתנה גמורה רביעית ביתי ובאופן שהמתנה לא יחול רק שעה אחת לפני מיתתה עכ"ל השטר ומת יעקב בחיי הנותן ואלמנתו רוצה לגבות כתובתה מהרביעית הבית ופסק כיון דקנה הגוף מיד לא הוי ראוי והעתיקו בפ"ת כאן ותמוה לי דהא אין קרקע נקנה אג"ק כדאיתא בשו"ת תה"א לרשב"א סי' קכ"ד ובחו"מ סי' ר"ב ס"ו וא"ל דמ"מ קנה בשטר לבד דהא איתא בפ"ק דב"מ דראה את המציאה תוך ד' אמותיו ונפל עליה לא קנה בד"א דגלי דעתיה דבד"א לא ניחא ליה דליקני אלא בנפילה ה"נ גלי דעתיה דנותן דבאג"ב ניחא לו להקנות ולא בשטר וכה"ג כתב הריב"ש סימן שמ"ה דהיכי דצ"ל דליפות כחו כתב כן צ"ל ארכביה אתרי רכשי שיקנה באיזה שירצה עיי"ש וה"נ ליכא יפוי כח בקנין אג"ק יותר מקנין השטר וכ"כ בחוט המשולש בטור השני שאלה כ"ף דאם כתוב בשטר מתנה נתתי לפלוני בכי מטלטלי ואגבן מקרקעי או קרקע אג"ק ואפילו כתוב בסוף השטר וקניתו על מה דכתוב ומפרש לעיל בטלה המתנה והרבה ראיות עיי"ש.

הואיל והיו משעבדים לאלמנת אביו כשמת ראובן זה מלבד מדברי סוף נערה ולעיל סימן לדיק סס"ח פסק רמ"א דבעל יורש אשתו דכשמתה היה משועבדים לכתובת ומזונות חמותו וביאר טעמו במרדכי ס"פ כל הנשבעין דאם תאמר דהוי ראוי בטלת ירושת בנו הבכור דאין לך אדם מכי אלף שאין עליו שעבוד כתובה ומזונת אלמנתו ושעבוד ב"ח עיי"ש ומקור הדבר מפחז"ה דף כ"ה דאמר שמואל דדמ"ד ולכן כשעבדי מלך ונכרו לישראל קרקע בעד מס המגיע מהקרקע זכה לוקח ואמר בגמרא ה"מ לעסקא אבל לכרגא לא ר"ה בדרד"י אמר אפי' לכרגא ופריך אימור א"כ ביטלת ירושת בן הבכור דה"ל ראוי וא"י הבכור נוטל בראוי ורי"ף ורמב"ם ורא"ש השמיטו דין זה דאם האב חייב מס למלך דאין הבכור נוטל פ"ש ומהרא"ם סימן קמ"ט הניח הדבר בקושיא.

ונ"ל דיש לחקור הא דדמ"ד אם ד"ת או תק"ח וכן נראה ממה דפריך א"כ בטלת ירושת בנו הבכור דמאי קושיא אה"כ וקרא מיירי אם מת ואין עליו שעבוד מס אלא ודאי משום דלא יתקנו רבנן דבר הגורם לעקור מצות התורה על פי רוב וגם בלא"ה נראה כן דגם למ"ד בסנהדרין דף כ"ע ופסקו הרמב"ם בהלכות מלכים פ"ד דכל האמור בפרשת מלך מלך מותר בו ה"ד במלך ישראל דפרשת מלך קאי במלך ישראל אבל עכו"ם אפילו לפי מ"ש הראשונים שטעם דדמ"ד משום דהארץ שלו מ"מ הא קי"ל ראה ויתר גוים התיר ממונם אע"כ תק"ח הוא כדי שלא יצא מזה כמה תקלות ויהא המלכות דעתה כוהה ממנו ובבבא קמא דף קי"ג ע"ב אמר רבא תדע דדמ"ד דעבדי גשרא ועברינן עליהן א"כ אין מזה ראיה שיהא מד"ת דגם אם תק"ח הוא שפיר.

וכיון שכן מאי פריך א"כ בטלת ירושת הבכור דודאי אין לו ליטול אם נלקח כל הירושה בעד המס אלא אם נשאר אחר פרעון המס א"כ הא קי"ל בבילה דל"ח בדרבנן יש ברירה וניחא הוברר הדבר למפרע דזה שנשאר היה ליורשים ול"ל כיון דסוגית הגמרא בפחז"ה אזלא אליבא דשמואל וגם מה דפליג הגמרא עם ר"ה בדרד"י לענין כרגא ג"כ אליבא דשמואל דכהי דאמר שמואל בעסקא ס"ל לר"ה בדרד"י דל"ד נקט עסקא דהה"ד כרגא או בזמנו של שמואל לא היה המלך גובה ומוכר נכסים משום כרגא רק היה מונח אקרקפתא דגברא ואח"כ נשתנה דהא מלינו בש"ס דפריך ממימרא דרו"ם על אמוראי בתראי אע"כ ס"ל דגם לשמואל כן הוא לכן פריך שפיר א"כ בטלת ירושת בכור דשמואל ס"ל בבילה שם גם בדרבנן א"ב וכ"ש דא"ם לפימ"ש בחידושי רמב"ן דפריך ממעשים בכל יום דבכור נוטל פי שנים דשפיר מקשה למ"ד דאין ברירה גם בדרבנן.

ועוד נראה דאם דדמ"ד רק מתק"ח שלא יבואו לתקלה למה להו לתקן שיהא של מלך קודם שבא לגבות דהא סגי אם יהא של המלך בשעה שבא לגבות ולמכור ומאז הפקרו הפקר וא"כ כשנפל הירושה קודם שבא גובי המס לגבות ולמכור עדיין היה הכל של האב ומוחזק אללו ומה פריך א"כ בטלת ירושת בכור ונראה דבפ"ק דגיטין דף י"ו ע"ב פריך אהא דשטרי מתנות הנעשה בערכאות כשרין הא אספא בעלמא הן ומתרץ שמואל דדמ"ד והש"ס מתרץ תני חוץ מכגיטי נשים דבאמת פסולין ועמדו המפרשים הא קי"ל דדמ"ד ולמה לא ניחא לגמרא בתירוצא דשמואל ונראה דתליא בזה אם דדמ"ד מד"ת אין חילוק בין מסים או שאר דינים כשטרות שלהם אבל אם רק מתק"ח דוקא במסים וכדומה שנעשה להנאות המלך דבזה יש למלך קפידא גדולה ויש לחוש לכמה תקלות לכן הש"ס ס"ל דדמ"ד רק מתקנה ולא שייך בשטרות שבין ישראל לחברו דמה אכפת למלכותא בזה לכן בפחז"ה דקאי לשמואל שפיר פריך א"כ בטלת ירושת בכור וכיון דקי"ל דשטר מתנות הנעשים בערכאות פסולין כדפסקו שם הפוסקים ממילא אין לבטל ירושת בכור ולכן השמיטוהו דין זה והרמ"א בחו"מ סי' רע"ח הביא דין זה מהכמ"י ולפע"ד אין דין זה מוסכם דלא הוי שתקי רי"ף ורמב"ם ורא"ש מלהשמיענו כזאת אם ס"ל הכי.

ועוד נראה דרשב"ם פירש הא דפליגי לענין כרגא דר"ה בדרד"י ס"ל דדין המלך הוא למכור גם קרקעות בעד כרגא ואידך ס"ל דאין זה דין המלך והקשה

והקשה רמב"ן האיך פליגי בזה אם מצות המלך הוא הא דדמ"ד ואם אין מצות המלך היא פשיטא שאין המכר מכר וכתב דתרצו דלמא שלוחי המלך מעצמן עושין ולא ממצות המלך ואין נראה אלא דכי אמרינן דדמ"ד אלא דבר שהנהיגו כל המלכים אשר מימים קדמונים כן אבל מה שהמלך עושה לפי שעה וחוק חדש אינו דד"מ עיי"ש והנה הרמב"ם בהלכות גזלה פ"ה הי"ד לא ס"ל הכי ונ"ל דס"ל כתירוץ ראשון וגם לרמב"ן נ"ל כיון דתלוי במה שהוא מחוקי מלכים קדמונים לכן א"א להתברר עכשיו אף דקמוא עבדיו אין עושין רק מחוק המלך שלהם וצריך להבין באיזה טעם פליגי החכמים לענין כרגא ונ"ל דר"ה בדר"י ס"ל דדמ"ד ד"ת וכיון דהוי ספק ושעבוד השייך למלך הוי כגבוי כמ"ש רשב"ם ורמב"ן לכן גם בכרגא אף דהוא ספק זכינייהו זכיכי כיון דהמלך חשוב כמוחזק או כמ"ש התוס' שם דעיקרן של קרקעות הן של המלך ואידך ס"ל דדמ"ד רק מתקנ"ח וכיון דהוי ספק אוקמוה אד"ת אף דאין הספק בגוף התקנה אלא אם דין המלך כן מ"מ ממילא כך הוא דאם אין דין המלך כן ממילא לא תקנו חכמים בזה ולכן אפילו נחשב המלך כמוחזק לא אהני לו בספק כמבואר ברשב"א שהביא ב"י חו"מ ס"ס י"ג ונא"ד הובאו בפ"ת לחו"מ סי' ה"י קכ"ח והא דכתב רמ"א בחו"מ סוף סי' ד' לענין מס אם יש חלוקים וטענות בין הקהל ויחיד חשיבי קהל מוחזקים כיון דבאים מחמת המלך י"ל באלי טענות כגון אם פרע וכה"ג ולא מה שהוא ספק אם דין המלך כך או דמרדכי ורמ"א באמת לא ס"ל הכי דהא בק"ס רע"ח העתיק דברי כמ"י וכמ"ש לעיל והנה כבר כתבתי דהא דאין הבכור נוטל פ"ש בנכסים המשועבדים למס תליא בזה אם דדמ"ד מד"ת וכיון דאפסק הלכתא ברי"ף ורמב"ם ורא"ש דלא כר"ה בדר"י ע"כ דדמ"ד רק מדרבנן ונוטל הבכור פ"ש לכן השמיטו דין זה ועיין בתה"ד סי' ש"מ בפלוגתא דרבוותא לענין מצרנות זוכה הלוקח דאיהו מיקרי מוחזק שהרי מד"ת זוכה הוא בקנייני והמצרן בא לאפוקי מיניה מטעם תק"ח וכ"כ הרמב"ם דבספק אין הלוקח מסתלק אלא בראיה ברורה וצריך המצרן להביא ראיה להכחיש דברי הלוקח אלמא דמיקרי מוחזק וא"כ הה"ד לפלוגתא דרבוותא עכ"ל תה"ד הכי משום דדין מצרנות רק מתק"ח לעולם בכל ספק חשיב לוקח מוחזק אף דתקנ"ח הוא ולא תקנות קהל וכן אף דאין הספק בגוף התקנה אלא דנמשך הספק מכח התקנה.

ואין להודות מ"ש לרמב"ם דס"ל לגנוב מעכו"ם אסור מה"ת חדא דבכ"ה פ"א ומגזלה ה"ב כתב דלרמב"ם נמי אין אסור גזל גוי רק מדרבנן ונ"ל אף דבגנבה אסור מן התורה גנבה חמיר כמ"ש בשו"ת יד אליהו סימן לדיק ועוד גם אם אסור מן התורה דוקא לכתחלה אבל א"צ להשיב רק מדרבנן כמ"ש י"א שם וכה"מ ר"ק במ"ה וגם הפקעת הלוואתו קי"ל דמותר ובפרעון מס עדיף דלא בא לידו באיסור ובמרדכי פרק הגזל בתרא סי' ק"כ כתב ר"א ממיץ דה"ט דדמ"ד מפני שהארץ שלו ואין רשאין לעבור בארצו אם לא במצותיו והה"ד בכל הדיוטות אם קצבו שלא יהנה אדם מארצם אלא בקצבתם דיניהם דין ושמואל קמ"ל דכל הארץ למלך והובא במהרי"ק שרש קל"ד והרי גזל עכו"ם רק מדרבנן וכדאיתא בירושלמי פ"ד דב"ק סוף ה"ג דר"ג גזר על גזל עכו"ם שיהא אסור מפני ח"ה ממילא גם דדמ"ד מה"ט הוא.

ומהרי"ט ח"ב חו"מ סי' ע"ג עומד על דברי מהר"ם הללו שהביא רמ"א דמשמע אפילו מתה אלמנת אחיה לא מציא גביא ומחלק בעלה דחשוב ליה ראוי דלא זכה בהם הבעל בחייו דאילו בחיי הזקנה בלא טעמא דראוי מהיכא גביה לא עדיפא איהו מבעלה דאתיא מחמתיה וקשה דנימא כשמתה אגלאי מלתא למפרע שלא היה לה שעבוד על נכסים אלו שנשארו ואמאי קרו להו ראוי עיי"ש ונראה דתליא בברירה אם אמרינן הוברר למפרע וכהי דקי"ל בדרבנן י"ב ומזונת אלמנה רק מדרבנן מ"מ הא דבדרבנן י"ב כמ"ש הר"ן דסד"ל לקולא וא"כ הכא דאלמנת הבן באה לגבות כתובתה דג"ב רק מדרבנן נימא להיפך שמא אין ברירה והוי ראוי וישארו הנכסים לבני ראובן כי הם יורשים מן התורה.

ומה שהקשו דברי מהר"ם אהדדי שהובא ברמ"א לעיל סי' לד"ק ס"א דבעל יורש את אשתו במתה בחיי אלמנת אביה אפילו היו משועבדים נכסי אביה לכתובת אלמנה נקראים מוחזקים לבת נראה לפימ"ש הרמב"ם פי"ב מהלכות אישות ה"ט התנה עמה אחר שנשאת שלא יירשנה תנאו בטל אע"פ שירושת הבעל מד"ס עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה וכל תנאי שבירושה בטל שנאמר לחקת משפט אבל אם התנה עמה שלא יהא לה שאר וכסות תנאו קיים ועיי"ש בהה"מ דגם בכתובה מהני כשלא רצה לקיימה רק אם רצה לקיימה ל"מ משום דבב"ז וא"כ לענין ירושת הבעל דעשו אותה כשל תורה שפיר אמרינן דלא מיחשב ירושת אשתו ראוי משום מזונת וכתובת אלמנת חמיו כיון שמתה ונשארו נכסים דבדרבנן יש ברירה כאילו לא היה חיוב כתובה ומזונות ול"ל להיפך הא ירושת הבעל ג"כ דרבנן דכתובה ומזונת חשיבו נגד ירושת הבעל כדרבנן נגד דאורייתא ויש לכלול זה בתירוץ מהרי"ל סי' ע"ד דתקנתא משוי ראוי לתקנתא אבל ירושת הבעל תקנתא אלימתא היא יותר מן כתובה ואין הדברים מובנים לכאורה ולפימ"ש א"ש.

גובאת ומם כתב ההמ"ח אי יש במוחזק יותר על כתובת חמותה גובאת כתובתה מן המותר והב"ש כתב דבפחז"ה משמע שם דף כ"ה דהשעבוד יש לו כח לעשות ראוי כל הנכסים אפילו יתר מהחוב ומדפריך א"כ בטלת ירושת בן בכור עיי"ש אמנם לא ראה מ"ש בעליות דר"י בהש"ז שם דמי שנתחייב לשלם טסקא למלך אין לו כלום בקרקע עד שיפרענה דהרי משפט המלך שהוא רשאי למכור כל הקרקע לכל מי שירצה אעפ"י שאין הטסקא אלא דבר מועט ומשא"כ מה שחייב לחברו או כתובת אשתו עיי"ש ור"ל במה שאמר לכל מי שירצה היינו אפילו ימצאו אנשים ליקח קצת מן הקרקע בעד שיעור הטסקא שנשאר זה חייב מ"מ הברירה ביד המלך ליתן כל הקרקע למי שירצה בעד אותו חיוב הטסקא שנתחייב הראשון וא"כ בחיוב כתובה לא שייך זה דאין למכור רק כפי שיעור הכתובה לפי שומא והמותר נשאר ליורשים בודאי לכן הוי מוחזק ולא ראוי.

היתה גנבה שלו ביד הגנב כשמת ואח"כ הוחזר הגנבה מקרי מוחזק כך השיב מהר"ם שבמרדכי ר"פ י"נ ומבואר שם דוקא כשלא נתייאש וכ"כ ח"מ וב"ש והקשה קה"י הא מדמי לא נייאש והוי כמכר חפץ בהקפה דהחוב לא חשוב ראוי ומכח זה יצא לידון כשקנה הגנב הגנבה כגון טלה ונעשה

ונעשה אי"ל אף דנתייאש ל"ה ראוי משא"כ כשלא קנה ביאוש דעדיין לא נתחייב בדמיו דהא אם נאסר בהנאה י"ל הש"ל אח"ד אמנם אהא דאמר בפחז"ה דף מ"ד כהי דמגופא מייאש ומדמי מי מייאש כתב רשב"ם בתוי"ה וכי מוחל הוא לגזלן דמי גזלתו הלא נתחייב לו דמיה עיי"ש הרי דלא ניחא לו לפרש כפשוטו דלא מתייאש מדמיה אלא שפיר מתייאש וכל יאוש דאמר ווי לחסרון כיס וזה כולל הגוף ודמיו הלא דאינו מוחל ויאוש לבד אינו קונה רק עם שינוי רשות וחיוב הדמים והגזלן לא נשתנה רשות לכן אין מועיל היאוש רק לענין הגוף אם נשתנה מרשות לרשות וה"נ כ"ל כן דעת מהר"ם שבמרדכי דאם נתייאש כמו דגוף הגניבה נעשה רק ראוי כן דמיה רק ראוי אחר יאוש דמה תמיהה הוא לומר דמיירי שנתייאש מגוף ודמיה אע"כ דמשום דמ"מ לא מחיל והא דמהרי"ק שבחו"מ סי' קס"ג ס"ג בהג"ה דס"ל בחוב מהני יאוש גם כשלא מחל מבואר בקצוה"ח שם משום דהלואה אתי לידיה בהתירא אבל מליכו דמתייאש מחיוב דמים ג"כ כמ"ש רמ"א וקצוה"ח שם הביא ראיות אלא אם באיסורא אתי לידיה לא נפטר הגנב מחיוב דמים ע"י יאוש רק במחילה ובשו"ת בשמים ראש סי' קע"ח השיב מלוה שנתייאש מהחוב לא נפקע החוב ושעבודו כי אין יאוש כמחילה דכיון דכבר נתחייב הלוה לשלם לא נפקע ע"י יאוש ובשו"ת מהר"ח א"ז סי' קי"א כתב דאפילו לא נתייאש הנגזל חשוב ראוי ולא מוחזק ואין אשה גובה כתובתה אם הוחזר הגזילה אחר מותו אע"ג דמלוה וביד אחרים גובה התם פר"י כיון שבידה ליטבע וליטול הויא לה מוחזקת וזה אין שייך בגזלה עיי"ש ובר"ש י"כ כל ראיית מהר"ם מפר"י דגובה ממלוה והרי מהר"ח חילק בטעם מסתבר.

ב"ש שקמ"י אם הרג כותי אחד בעל האשה ונתן כופר על שהרג אותו אין לב"ח שום זכיה בדמי הכופר ובמל"מ פכ"א ממלוה שאלה בבני כפר שהרגו יהודי וב"ח של היהודי תבע מהם מה שהיהודי ח"ה לו ויורשי הנרצח תבעו על הריגת אביהם ויצא הפסק בדא"ה שישלמו הרוצחים לב"ח חובו ועוד יתנו איזה סך להיורשים ויש מהם פסקו דישבע הב"ח שהנרצח היה חייב לו סך זה וא"ל ישבע יחזיר מה שקיבל להיורשים ויש מהם פסקו כיון דהרוצחים היו יכולים לטעון דאינם מאמינים להב"ח אם הנרצח היה חייב לו ולא טענו מסתם מירלתם שלא יערער עליהם שידונו במיתה א"כ זכה ב"ח מהפקר ויש מהם פסקו דאין ב"ח נאמן אפי' בשבועה ולא זכה ב"ח מהפקר כי הממון של יורשים דהא אם היו מוחלים להרוצחים לא היו נותנים כלום והמל"מ פלפל הרבה בדין ראוי ואם הב"ח י"ל קי"ל דגובה מהראוי.

ובענ"ד לא הבנתי איך זכו היורשים בממון זה שלא בא לידם דאפילו היו הרוצחים חייבים מחמת הלואה ליורשים ונתנו לאחר לפרוע ליורשים וזה קיבל בעדם לא זכה בשבילם דצריך שליחות של בעל הממון ואין שליחות לעכו"ם כמ"ש תוס' בב"מ דף עין ע"ב אלא דבזה י"ל דזה שקיבל המעות חייב למלוה משדר"כ כיון דלא נתכוין לזכות לעצמו לא זכה לעצמו מכח נכסי עכו"ם כמדבר כמ"ש כה"מ בסי' ע"ב סמ"א והוי כפקדון בידו דיש משום שדר"כ כמו שפסק רמ"א בחו"מ ר"ס פ"ו אבל כאן אין הרוצחים חייבים כלום ליורשים וזה הכופר אינו לפי ד"ת דכתוב לא יקחו כופר לנפש רוצח וגם אינו דד"מ רק הנסכיתא דממ"כ או ידונו הרוצחים במיתה או לא ידונם כלל דמה ענין חיוב ממון בזה ואפילו נתנו הרוצחים ברצונם כדי לפטור ממיתה מ"מ אינו חוב רק מתנה וליכא בזה משום שדר"כ וכל שלא בא הממון ליד היורשים לא זכו בהם כלל ואפילו נאמר דזה שתבע החוב נתכוין לזכות בעד היורשים והדר יזכה הוא בפרעון חובו מ"מ כיון דצריך שליחות של בעל הממון ואין שליחות לעכו"ם לא זכו היורשים על ידי זה והב"ח שנתכוין לזכות בממון זה זכה אף דלא נתכוין לזכות מן הרוצחים רק מן היורשים מ"מ עכ"פ נתכוין לזכות בממון זה וזוכה מן ההפקר כמ"ש הכ"מ פ"א מהלכות זכיה דין י"ד וכ"ש אם הנרצח לא היה חייב כלל לזה והטעה את הרוצחים הרי נתכוין לזכות לעצמו ונכסי עכו"ם כמדבר ואפילו ת"ל דלא זכה מעיקרא מ"מ עכשיו לוה דאינו רוצה ליתן להיורשים והרי היורשים לא זכו מעולם בממון זה ואינם בע"ד שלו ואפי' משום דשופטיהם שפטו שיתנו הרוצחים כופר זכו היורשים במה שלא בא לידם ואפילו דיני דמלכותא כתב בש"ך פ"ק דגיטין דף י"ד ע"ב ואס"ז בפחז"ה דף כ"ה דדמ"ד אינו עושה קנין רק אפקעתא דמלכא הוא שיהא הפקר וכשבא ליד הזוכה זוכה בתורת קנין מעצמו וכאן דשפטו דזה נאמן שמגיע לו חוב הרי לא הפקירו ממון זה ליורשים לומר דמחויב ליתן הממון ליורשים מכח דדמ"ד מכ"ש דאינו רק אמסכותא והרוצחים כיון שנתפשרו ליתן הכופר והחוב הרי מ"ד שנתנו המעות נסתלקו מהמעות ונעשה הממון כמדבר וממילא זכה ב"ח זה בהממון מהפקר בין חייב לו הנרצח בין לא והוי כהך דפחז"ה דף כ"ד ע"ב ושו"ת סי' קל"ד ורמב"ם פ"א מזכיה הי"ד.

ה"ן אם אין שטר כתובה ת"י בשו"ת רא"ש כלל פ"ה ז"ל לאה אבדה כתובתה ובא ראובן בע"ח של שמעון בעלה והוציא שט"ח עליו ובא לב"ד עם שטרו שיגבו לו מנכסי שמעון ולא היתה לאה בשעה והודו ב"ד לראובן שטרו וטענה לאה אלו הבתים נתנם לי בעלי בכתובתי ואע"פ שאבדה כתובתי איני חוששת מאחר שאני מוחזקת באלו הבתים תשובה אם אין לשמעון יתומים קטנים ולאה דרה בבית אחד והבתים אחרים שהוא טוענת עליהם ששמעון בעלה נתנם לה בכתובתה סמוך למיתתו החזיקה בהם ג"ש בלי ערעור הוא נאמנת בשבועה שהוא כדבריה אבל אם היא דרה בהם אי' לטעון בהם חזקה וכן דרך אשה לדור בבית בעלה בתנאי כתובה וגם אם יש לשמעון יתומים קטנים אין מחזיקין בנכסי קטן אפילו הגדיל עכ"ל וכתב הח"מ דאינו מבין תשובה זו דהא אין לאשה חזקה בנכסי בעלה אעפ"י שייחד לה שדה למזונתיה והחזיקה בשדות אחרות כמבואר בפחז"ה דף כ"א וא"כ ה"נ אפילו שדרה בבית אחד והבתים אחרים שטוענת עליהם החזיקה בהם ג"ש בחיי בעלה אין לאשה חזקה ואין לה חזקה אלא אחר מיתת בעלה לטעון שהיורשים מכרו להם וכיון דראובן יש לו שט"ח על שמעון אין להם כח למכור דהא בשט"ח גובה ממשעבדי עכת"ד וכ"ל דהא אם כתובתה קודמת להשט"ח היא קודמת לבע"ח בלא חזקת ג"ש אלא כיון שאבדה כתובתה אין נאמנת בלא חזקת ג"ש וכדעת הרי"ף ובכתובות דף פ"ט והרא"ש בפ"ק דב"מ דף י"ז הביא מה דמקשין על הרי"ף דסותר א"ע דבב"מ שם פוסק כל הטוען אחר מעב"ד

מעב״ד לא״כ ומתניתין דהוליאה גט ואין עמה כתובה גובה כתובתה איירי גם במקום שכותבין כתובה ובכתובות שם כתב דמיירי במקום דאין כותבין והביא הרא״ש תירוץ הרמב״ן וקיים כך היתה סברת הרי״ף וכ״כ בשו״ת הרא״ש כלו״ו ס״ז משמע דהיתה סברת הרי״ף כן מעיקרא ולא אח״כ וגם הרז״ה בפ״ק דב״מ כתב דבשו״ת הרי״ף פסק דגם במקום שכותבין כתובה ואבדה כתובתה נאמנת לומר שלא נפרעה וכן דעת הרז״ה הרי יש בזה פלוגתא וגם רמב״ן שתירץ דברי הרי״ף משום דריע טענתה כיון שאין הכתובה בידה י״ל משום דאפילו נאבד הכתובה יש רגל״ד מדלא נזהרה בה או דרגל״ד שנפרעה ונקרע הכתובה ובחו״מ סי׳ ק״ה סע״ז יש פלוגתא אם החזיר בטר שמן הדין לא היה לו להחזיר אם ״גובין בו או כבר גבו בו אם נודע בעדים שנפל ומחזירין ב״ד ומוציאין מן המלוה ועיין אב״מ סק״ע כאן וא״כ נהי דפוסק הרא״ש דאם טוענת דאבדה כתובתה אינה גובה ה״ט כיון דבאה להוציא אבל אם מוחזקת אפילו בקרקע הרי כתב הרא״ש בכלל א׳ דבפלוגתא דרבוותא אפילו תפס קרקע אין מוציאין מידו כדאיתא בפחז״ה דף נ״א הלכתא כרבה בארעא אך זה דוקא כגון התם דבפחז״ה דטעון דקנה הקרקע ומוחזק בה וכיון דפליגי רבה ור״י אין מוציאין הקרקע מלוקח אבל כשאין לה טענת לקוח על הקרקע זו רק טוענת משועבד לה מחמת חוב כתובתה זה לא חשוב מוחזקת בקרקע דהא בע״ח מכאן ולהבא גובה וכל זמן שלא נשבעה על כתובתה ולא הגבוהו ב״ד אין לה רק תביעת ממון דהא היורשים יכולין לסלקה במעות וכמ״ש בשו״ת הרא״ש כ״כ ק״ח על כן הכא אם אין לה חזקת ג״ם דאינה נאמנת שבעלה נתן לה הקרקע בעד כתובתה הרי הקרקע ודאי אינו שלה רק תובעת ממון כתובה ולא חשובה מוחזקת דאין תפיסה שלה בקרקע חשוב תפיסה אבל מטלטלין לא כיון דלריכה להחזירן ואין לה רק תביעת מעות ל״ח תפיסה וכ״ש קרקע לכן אינה יכולה להוליא הכתובה מיד יורשים כיון שאין הכתובה מת״י וגם לוקח ידו על עליונה כיון דודאי מגיע לו החוב דהשט״ח בידו והאשה אין הכתובה בידה אין ספק מוליא מידי ודאי אבל כשיש לה חזקה ג״ם נגד יורשים גדולים הרי נאמנת נגדם שבעלה נתן לה הבתים בכתובתה כיון דלא ערערו היורשים ג״ם הרי הוי כהודאה דבעלה נהן לה הבתים בכתובתה גם יש לה מגו נגד היורשים די״ל הם נתנו לה וא״כ ירדה לבתים ברשות היורשים ומוחזקת בבתים דהא יכולה לסלק למלוה בזוזי כדין כל לוקח כדאיתא בכתובות דף נ״א ובחו״מ סימן ק״ד וכיון דמוחזקת בקרקע אין מוליאין מידה כיון דהוי ספ״ד אם נאמנת לומר לא נפרעתי כשאין כתובה בידה אפילו באתרא דכתבי כתובה וכבר גבתה מן היורשים הבתים וירדה ברשותם והמלוה בא להוליא מידה דאינו גובה רק מכאן ולהבא ואין למלוה עליה רק תביעת ממון ועיין מלחמות ד׳ בפ״ק דב״מ הביא ראיה להרי״ף מן רב שרירא גאון ז״ל שכתב אם אבדה כתובתה כלל גדול בדין המעמ״ה ודלמא פרוע הוא כדתניא המוליא שטר כתובה בשוק דחיים לפרעון עיי״ש הרי כל טעמו משום דהממע״ה וא״כ נהי דשיטת הרא״ש בפרק כילד הרגל כל שתחלת דינו שלא להוליא מספק אי תפס מפקינן מיניה כיון שתפס שלא כדין מ״מ כגון הא דחזקת ג״ם ראיה שירדה בהיתר וברשות היורשים להחזיק בהבתים ויכולה לסלק למלוה במעות אאת״ל דאין מגיע לה הכתובה ולא מהימני יורשים נגד הבע״ח מ״מ הבתים בחזקתה א״כ הוי המלוה המוליא ועליו הראיה לכ״ע.

ועוד אפשר לומר כי מה הלשון אומרת והודו ב״ד לראובן שטרו אלא מבואר בשו״ת הרא״ש כלל פ״ה סס״ע אם מוליא מלוה שטר ישן על יורשי לוה לבו נוקף ואמתלאה גדולה שהיה איזה תחבולה לכן המתין המלוה עד שתשתכח התחבולה ולכן יש לב״ד לחקור הרבה והובא בחו״מ סימן ס״א ס״ע וכתב כה״מ שם דשטר ישן הייני ג״ם לכן הולרך לומר דהודו ב״ד לראובן שטרו כי מחמת האמתלא היה אפשר להם שלא להאמינו ולכן נהי דאתרע כתובתה כיון שאין הכתובה יולא מת״י כמ״ש רמב״ן מ״מ בכגון זה שהחזיקה בבתים ג״ם טענתה טענה שלא שמרה כתובתה כיון דהחזיקה בבתים ולא ערערו היורשים ובע״ח לא נזהרה עוד לשמור כתובתה כדאיתא בריש פחז״ה דיותר מג״ם לא מזהר אינש בשטרו כיון שלא ערער בעל הקרקע ה״נ סברה כיון דעברו ג״ם ממיתת הלוה ולא הוליא שום אדם שט״ח מקתונא לא נשאר חייב.

סע״י חייב ליתן לה בית מאיר כתב דזה סותר למ״ש בש״ע לקמן סי׳ קנ״ד ס״ז דפסק דלא יתן לה הכתובה כיון דמכחישה בברי ולפמ״ש לעיל סי׳ ע״ז ס״ב בביאור דברי הרא״ש שאלהי נדרים דבאומרת גרשתני יש חזקה דאינה מעיזה וחזקה דלא מקלקלת עלמה ליסב באיסור א״א כל ימיה ומש״כ באומרת טא״ל ליכא חזקה דלא מקלקלת אף דמחייבין אותו ליתן גט ואם משקרת הוי גט מעושה שלא כדין או גט בטעות דאלו ידע דמשקרת לא היה מגרשה מ״מ כסי לאו דינא גמירי וסוברת דבגט כזה מותרת להנשא עיי״ש והכא חזקה מכבר הוי כתוב כמ״ש תה״ד סימן ר״ז לכן לא מועיל להוליא ממון משא״כ כאן דיש עוד חזקה דאינה מקלקלת א״ע דהוי כתרי רובי וכתב בפמ״כ של תה״ד דברובא דרובא מוליאין ממון ובהרז״ה ורמב״ן כפ״ב דכתובות מבואר דרובא וחזקה מועיל להוליא ממון וה״כ תרי חזקות דאתיין מכח רוב וגם לפמ״ש בסימן ע״ז דהא דסימן קנ״ד דטוענת דאין לו ג״א הוי כנגד רוב לכן לא אלים חזקה דאינה מעיזה להוליא ממון משא״כ בגרשתני.

סימן ק״ב

ס״א מי שמת ואלמנתו באה לגבות כתובתה ועליו בע״ח ברשד״ס חא״ב סימן קפ״ג אם היה חייב שכירות למשכיר וכמלא מטלטלין בתוך הבית המשכיר קודם לאלמנה אמנם בשו״ת רע״ק סימן קל״ג פלפל בפלוגתא של הפוסקים אם חלרו של משכיר קונה לו כיון דשוכר יכול לסגור הדלת ולמחות למשכיר דריסת הרגל בו אינו משתמר לדעתו א״כ לא הוה כתפס שמשכיר מטלטלין של השוכר בבית וגם כשלא כלתה זמן שכירות הבית כשמת השוכר י״ל גם האלמנה יכולה לדור בו בחנם כיון דבעלה זכה הבית לדירה משועבד לה בתורת קרקע לכתובתה והובא בפ״ת סק״ד.

ולא נראה כיון דעי״ד שכירות השכיר וכיון שמת השוכר ולא נשאר ממנו לשלם שכירות בטלה השכירות ועיין חומ״ח וב״ש לקמן סי׳ ק״כ דאם נטל הבעל הגט מן הסופר ולא שלם לו הוי הגט גזל ביד הבעל ואינה מגורשת ומכח זה כתב הנתיבות בסי׳ ק״ן סק״ז דאם מכר חפץ לחברו אם תובע דמי החפץ והלוקח טוען שאין לו אפילו לא עייל ונפיק

אזהי

אוזי ביומו בטל המקח ולא אמרינן דהמעות הוי כשוב עליו עיי״ש וכ״ש הכא כיון שמת השוכר ולא נשאר ממה לשלם דודאי בטלה השכירות מכאן ולהבא ואיך תדור בחנם.

ולפ״ז אני אומר דגם למפרע הוי כאלו דר בו השוכר בגזלה אף דמה שכבר דר אינו בחזרה ולא דמי לחפץ שישנו בעין מ״מ הרי הגט כמי אינו שוה כלום לסופר ומ״מ אמרינן דהוי כגזל ביד הבעל כיון דעי״ד שכירות כתבו הסופר ואינו משלם וא״כ לית לשוכר ובאי כמו זכיה בבית ולכ״ע הוי לגמרי ביתו של משכיר וזוכה לו התפלים שבבית בעד שכירתו ואף דאם יזכה המשכיר בהתפלים נמצא משתלם שכירתו והוי ביתו של שוכר זה דומה למה שהובא בתוספת פרק המגרש בע״מ שלא תנשאו לפלוני ונשאת לו מן התוספתא דאין הכשואין חלין משום איסור א״א והוי גט אף דאם הוה גט מוילא הנשואין חלין עיי״ש.

ואאת״ל דא״י לזכות המשכיר בתפלים כיון דאם יזכה הרי משתלם השכירות והוי ביתו של שוכר מ״מ כיתא דאינו זוכה בהתפלים מה שעולה השכירות בעד שעת מיתת השוכר ממילא בטלה השכירות אז והדר הבית למשכיר וזוכה בהתפלים בעד השכירות שמגיע לו עד אז ולפ״ז גם להגט מקושר שבסימן ק״כ שכתב דגט אינו דומה למוכר חפץ דישנו בחזרה ושוה למוכר כמקדש לכן בטל המקח משא״כ בגט דאחר כתיבתו אינו שוה לשוכר כלום דהוי כמוכר שדהו מפני רעתו דאף דעייל ונפיק אוזי אין המקח בטל ולפי דבריו גם בשכירות במה שכבר דר בו השוכר ל״ל דהשכירות בטל מ״מ משעה שמת השוכר ולא נשאר במה לשלם בטלה השכירות דזה הוי כחפץ דשוה מכאן ולהבא.

ומה שפלפל רע״ק זלה״ה כיון דחלר דגברא מטעם שליחות איך יזכה החלר למשכיר דהרי חב לאחריני דהיינו האשה שיגיע לה הכתובה הנה י״ל לפימ״ש הפנ״י בכתובות דף פ״ד דהוי קלת בעברה לתפוס בשביל אחר כשחב לאחריני ממילא בחלר לא שייך זה ואח״כ ראיתי שבאותה תשובה הביא שכ״כ הב״ש וגם מלאתי בנתיבות סי׳ ק״ה כ״כ והביא ראיה מב״מ דף י״א דחלר קונה מטעם שליחות אף בגנבה דהוי עברה וחב לאחריני עיי״ש. הגם דאינו מובן מ״ש דגנבה חב לאחריני דאטו קנין הגנבה להיות של גנב אלא דע״י קנין מתחייב באחריות והוא זכות לבעלים ואי לא קני הגנב מ״מ גונב ולא כ״מ להגנב בקנין אבל מ״מ מוכח דגם בדבר עברה חלר קונה.

ועיי״ש בנה״מ סימן רים דחלר המשתמרת קונה לגדול אפילו ישן כיון דמשתמרת מלד עלמה לא בעינן עומד בלדו ולא משתמר לדעתו.

ס״ב ותדחה האשה מלגבות עיקר ותוספת הקשה הר״ן איך נגזל את האשה כיון דמדינא יחלוקו ונראה דלכאורה קשה למה הולרך בגמרא לומר משום שיותר ממה שהאיש רולה לישא רולית להנשא ת״ל דכתובה רק דרבנן וחוב למלוה דאורייתא ואפילו אם של״ד לגבות מיתמי הא בזה שוין הבע״ח והאלמנה וא״כ דין בע״ח עדיף דחובו מדאורייתא וכדאיתא בירושלמי פרק הכותב סוף ה״ב דלפיכך נותנין ליורשין ולא לכתובה ובע״ח אף כשפטורין מן השבועה משום דזהו תורה והו אינו תורה משום דשל״ד לגבות מיתומים ול״ל דגמרא דילן ס״ל דבממון דהספק ב״ד הספק הוי כדאורייתא וכ״ז זולת הטעם דיותר ממה שאיש רולה לישא אבל מהאי טעמא לא עשאוהו לכתובה כשל תורה כיון דגבי בע״ח איכא כע״ד וגבי אשה אין חשש שלא תנשא והר״ן שלא תירץ הכי משום דהביא פרש״י דגם בכל״ב תדחה האשה ואפשר שהכריח לרש״י לומר גם בכל״ב מדלא אמר בגמרא משום דזו תורה וזו אינו תורה אבל לפי מה דפסקו דלגבי כל״ב דינה כבע״ח י״ל כמו שכתבתי.

ולפ״ז מ״ש בשע״מ בחו״מ רים סי׳ מ״ס דאם נתחייב לאחד בחנם ולאחד מחמת הלואה ואין ממה לגבות לשניהם נותנין להמלוה והוכחתו מכאן אינו מוכרח דשאני הכא דזו תורה וזהו אינו תורה ומשום טעמא דכע״ד לא אוקמו דבריהם כגד ד״ת ועוד דאיתי דבריו בחיבורי ערך ס״י בס.

חמ״ה סק״ב כתב אע״ג דכתב לה מטלטלי ומקרקעי דגובה מדינא ולא מתקנת הגאונים מ״מ לבע״ח יהבינן ותמהו הבית מאיר ובשו״ת רע״ק דאיך תדחה תקנת הגאונים. שבע״ח יטול מומטלטלי דיתמי את כתובתה דגובה מדינא ונראה כיון דלא אמרו בגמרא ה״ט דתדחה האשה מפני בע״ח משום דכתובה רק מדרבנן וחוב דאורייתא ה״נ לא ידחה הבע״ח מפני כתובתה דאף דמדינא גובה ממטלטלי מ״מ עיקר הכתובה רק מדרבנן אפילו כתב לה כתובה וכמ״ש תוספת בר״פ אעפ״י בד״ה ולעוברת ע״ד דגם תוס׳ דינה רק ככתובה דמה שכתב לה תוספת אדעתא דכתובה שחייבוהו רבנן כתב לה וא״כ ה״נ בכתב לה שתגבה ממטלטלי ג״כ רק אדעת כתובה מדרבנן כתב לה והכי אלים תקנת גאונים כגד תק״ח כתק״ח כגד דאורייתא.

ולפ״ז כדחה ראיות הב״מ ורע״ק מהרשב״א סימן תתקכ״ד דהתם מיירי לדחות תקנת גאונים מחמת דאורייתא אונס מה שהביא הב״מ ותשובת רא״ד שבב״י חו״מ סימן ק״ד שכתב לדחות שעבוד דרבנן מחמת שעבוד דאורייתא קשה על הרא״ד דא״כ למה לא קאמר הש״ס ה״ט להגבות לב״ח ולא לאשה בכתובתה דאינה רק מדרבנן ול״ל אחת משתים או דס״ל כרש״י דגם כל״ב דהחוב מדאורייתא לא יהבינן לה או דס״ל כר״ת וסייעתיה בפ״ק דכתובות דף יו״ד דקי״ל כתובה דאורייתא וא״כ לפי מה דפסקינן כתובה דרבנן והגמרא דאמר לאשה לא יהבינן אינו בכל״ב א״כ מוכח דלא דחינן חוב דרבנן מפני חוב דאורייתא זולת הטעם דכע״ד ויותר ממה שהאיש רולה לישא האשה רולה להנשא ה״נ לא דחינן תקנת הגאונים מפני כתובה דרבנן וכהחמ״ה.

ס״ח הקדיש כל נכסיו בערכין פ״ו דכ״ג איתא דר״א ור״י פליגי אי מלי למתשיל על הקדש ולכן קי״ל לר״י דא״ל להדירה ורמב״ם פ״ז דהלכות ערכין פסק דלריך להדירה אף דמועיל שאלה וכתב הכ״מ משום דר״ה ס״ל כריא שהקדיש א״כ לומר הנה לפלוני בידי דחיים לקנוניא ור״ה יליף לה מדתנן התם דרשב״ג היה אומר כן אף בערב לכתובה משמע דגם בהקדים ס״ל דלריך להדירה עיי״ש ומ״מ קשה כיון דמהני שאלה מה חשש קנוניא ובידו למתשל ולעשות בהיתר וכ״ל לפימ״ם רדב״ז בח״א סי׳ קל״ד בהקדים לענייס דמהני שאלה ומכדין לחכם שנשאל והתיר וכ״כ בהדיא המפרשים והטעם מפני שמפסיד את העניים את״ד והובא באחרונים ביו״ד סי׳ רכ״ח ולפ״ז לא הוי בידו דמי יימר דיזדקק לו חכם לעשות איסור ור״י ע״כ ס״ל דאין החכם עושה איסור כיון דעוקר הנדר וההקדש למפרע ואינו הפסד ממש רק מניעת רווחא וכ״ד רבל״א בתשובה סימן ע״ו דמותר להתיר אבל

ר"ס ורשב"ג ע"כ ק"ל דיש איסור להחכם להתיר לכתחלה לגרום מניעת ריוח לעניים וודאי לא קיל הקדש מצדקה לעניים לענין איסור זה שחידשו לנו הרדב"ז והמפרשים וי"ל דרשב"ג לשיטתו בפרק השולח דף מ"א דעשה עבדו אפותקי ושחררו דמפקיע מידי שעבוד דס"ל לרבנן דמזיק שעבודו של חברו פטור ורשב"ג מחייב והכא דעוקר ההקדש ע"י שאלה מעיקרא קיל ממזיק שיעבוד דעכ"פ עד עתה היה השעבוד והוי גרמא להפסד משא"כ כאן הוי גרמא על מניעת ריוח הדא דההקדש לא הוליא מעולם מעות על זה ועוד דכעוקר ההקדש למפרע מ"מ לרבנן דמזיק בעבוד פטור אפילו דעכ"פ אסור לכתחלה אבל כאן מותר גם לכתחלה ול"ד למשיא עלה למכור בנכסים כרשב"ג דאמר אביי בקוטה דף כ"א דהוא רשע ערוס אף דהוי רק מניעת ריוח דהתם עכ"פ דעת הנותן שיבאר לאחרייך עיי"ש בתוספת ועוד דאכן באמת קי"ל כרשב"ג דמזיק את שיעבוד חברו חייב לכן גם גרמא במניעת ריוח אסור כהך דמשיא עלה למכור בנכסים דג"כ הוי רק מניעת ריוח ולכן אין לחכם להזדקק להתיר נדרי הקדש משום רווחא דוהקדש לכן יש חשש קנוניא ולריך לידור הכאה ממנה ועיין שו"ת מהר"ם אלשיך סי' ר"ז דכתב ה"א דאדי' התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ל"ק דוקא במקום שחב דגורם הפסד ולא כשגורם בתפיסתו רק מניעת ריוח וא"כ ה"נ י"ל לרבנן דמזיק שעבודו ש"ח פטור אף דגורם הפסד מגילא במניעת ריוח אפילו איסור ליכא וה"נ להתיר נדרי הקדש דאם גורם מניעת ריוח להקדש גורם ריוח להנודר אבל לרשב"ג דמזיק שעבודו ש"ח חייב כשגורם הפסד מגילא במניעת ריוח נהי דליחייבו א"א מ"מ אסור לכתחלה להכניס עלמו כיון דלרשב"ג הוי כמזיק בידים ממון חברו כשמסלק השעבוד ה"נ מסלק שיעבוד ההקדש.

ודברי הב"ש בהקשה על המחבר למה לריכין להדירו כיון דיכול למתשל לל"ע דאאת"ל דהרדב"ז והמפרשים לא אמרו רק בהקדים לעניים המתיר לו חייב כדוי הא כתב רשב"א בח"א סימן תמ"ב דהתם הקדש בזמן הזה לעניים דאין אדם מכיר היום הקדש בדק הבית וכ"כ רשב"א בח"ד סי' ק"ג אלא דגם זה לל"ע אטו ליכא עכשיו הקדש לבית הכנסת ולס"ת כדאיתא בחו"מ סימן ל"ה ס"א ואפשר דגם הרשב"א אין כונתו רק לשלול דאינו לבדק הבית המקדש והוי רק כלדקה להדיוט ודין חולין יש לו כמ"ש בטור חו"מ ס"ס רי"ב וגם זה ל"ע אם הקדיש לבית הכנסת או לס"ת או לבית הקברות אם מותר להתיר נדרו להרדב"ז והמפרשים.

סימן ק"ג

ס"ב בהג"ה אם מכרו ב"ד בטעות בחו"ה וב"ש כתבו דוקא אם ידעו יתומים מהתחילה והניחו למכור אבל א"ל ידעו הדר זביני ובני אהובה פי"ז מה"א הלכה י"ג הקשה אי כונתם דלוקח יחזור השדה והם יתנו המעות אף בידעו כן הוא דלא יסא גבייה גמורה בומא הדרא ליורש דהא לא נתייקר בנתיים ואי שיחזור הקרקע בלי מעות גם כשלא ידעו למה יפסיד הלוקח כיון דלקח ברשות ב"ד והכרזה וב"ד שלוחים של היתומים את"ד.

ולא נראה לי דשומא הדרא תחז"ל משום ועשית הישר והטוב כדאיתא בב"מ דף ל"ה ודוקא כשנמכר ע"י ב"ד בהכרזה ומשא"כ כשלוה עלמו אגבייה ואפילו מאן דס"ל בב"מ שם דגם כשלוה עלמו אגבייה שומא הדרא מבואר התם דמשום כיסופא לא בא לב"ד אבל כאן אם ידעו היתומים שמחלה למה הניחו לב"ד למכור הקרקע בעד הכתובה דאם היו מודיעין לא היה מכר א"כ מרלונם נמכר וליכא בזה משום שומא הדרא.

ועוד לא אמרו שומא הדרא אלא אם שומהו למלוה בחובו אבל אם מכרו הב"ד לאחר ופרעו המעות למלוה אין הלוקח מחזיר דאדעתא דארעא נחית והא' עובדא דהרא"ש נמכר הקרקע לאחר וכן מבואר בבעה"ת שער ג' סוף ח"ב אם נמלא קונה כשוומת ב"ד והמלוה רולה לקחה אותה בחובו הוא קודם משום דשומא הדרא למרה ואם יקחנה אחר לא הדרא.

סימן ק"ד

ס"ן בהג"ה י"א דדין שנתמנה עפ"י הורמנא דמלכא ומכר ע"י שלוחו הוא כב"ד שטעו ומכרו קיים וכ"ש אם מכר בעלמו. בריב"ש סימן קע"ע כתב דשליח השופט הוא כשופט אפילו לענין טעות אף דאיפסקא הלכתא דשליח כאלמנה ה"ע דמה אלמנה יחידה אף שליח יחיד לאפוקי ב"ד דרבים נינהו והכא ליתא לה"ע דהא השופט יחיד הוא ויש לו יכולת בהורמנא דמלכא עיי"ש והנה בתוספת פרק אלמנה ניזונית דף קו"ף כתבו אהא דמה אלמנה יחידה אף דיש לה ב"ד הדיוטות כדאיתא באלו מליאות דף ל"ב מ"מ כחד חשוב להו ודבריהן מוכרחין וא"כ הא דב"ד שטעו בשתות מכרן קיים ע"כ דוקא ב"ד מומחין דיש בהו עכ"פ חד דגמיר וסביר וא"כ קשה דהא ברמ"א חו"מ סוף סימן ג"כ מייתי דברי ריב"ש שבתשובה רע"א דדוקא גמיר וסביר מהני לו רשות המלך דזהו בכלל דד"מ וכן הוא בריב"ש שם סוף התשובה והש"ך שם סק"ד כתב דבזה"ז דליכא מומחה לא מהני הורמנא דמלכא לענין שידון ביחידי וא"כ כ"ש בשופט עכו"ם וכ"ש אם מכר שלא עפ"י שלשה הדיוטות שמאין כדין הש"ס ובשו"ת רמ"א ס' קכ"ג כתב דהריב"ש סימן רע"א ורשב"א בתשובה תרל"ז כתבו דרשות מן המלך מהני והוי מכלל דד"מ מיהא כתבו דלריך להיות ראוי לכך והוא מרלון הקהילות שנתמנה עליהם עיי"ש וא"כ אפילו רב ישראל אם אינו מומחה גמיר וסביר ל"מ לו הורמנא דמלכא כ"ש עכו"ם וכ"ש לדון יחידי וכ"ש למכור שלא עפ"י שלשה הדיוטות כברים בקיאין בשומא.

ובנתיבות ס"ס ק"ע כתב על דברי הריב"ש אלו שהובא ג"כ ברמ"א שם נראה דוקא בישראל שהיה חייב לעכו"ם שנתחייב לו בדד"מ ולכן מכירתו מכירה כדד"מ א"כ כגוונא שכתב הריב"ש שם באלמנה שמכרה כיון דהדין דאלמנה מוכרת שלא בב"ד וכשמכרה בדיני עכו"ם ל"ה גזל אבל ישראל שחייב לחברו והלך המלוה בדיני עכו"ם ומכר קרקע של לוה שלא ברשות ב"ד דהוי כגזלן כיון שעשה שלא ברשות ב"ד המקח בטל דהוי כהכיר בה שאינו שלו ולקחה עכ"ל וקשה מ"ש כיון דהדין הוא דאלמנה מוכרת שלא בב"ד דהרי הריב"ש כתב דדין השופט כב"ד אפילו טעה המקח קיים ועדיף מאלמנה דטעתה בכל שהוא המקח בטל כדאיתא בכתובות שם ובחו"מ כאן ס"ק י"א וב"ש ס"ק ו' ודין הנתיבות נכון לפי מה שכתבתי אלא שהריב"ש לא אמר כן אלא דנראה דדברי ריב"ש קתלאי נינהו מסימן קע"ע לסי' רע"א

ודברי

ודברי רמ"א סתראי נינהו ומהרא להתם בחו"מ סוף סימן ג' ותפס הנתיבות שעיקר כדברי ריב"ש שבתשובה רע"א וכדברי רמ"א בסוף סי' ג' ובתשובתו סי' קכ"ג.

ולתרץ הסתירות נראה דשאני שופט גוי הממונה מהמלך על כל בני העיר גוים וישראלים דאז דעת המלך לשפוט בחוקיו לכולם וכיון דמחזקי' המלך להעמיד שופטים ס"ל לריב"ש דדמ"ד וכמו שסיים הריב"ש שם בסימן קע"ט שנעשה בפני השופט כפי דיניהם משא"כ הך דסימן רע"א שנתמנה ישראל לדיין על ישראל לבד דעת המלך שישפוט בדיני ישראל וכיון דלא גמיר וסביר אינו יודע לשפוט בד"י ומכויו בטעות כיון דאינו ראוי לדיני ישראל ואפילו יהא ספק אם דעת המלך שידון בד"י לא עדיף דד"מ מתקנתא דרבנן דאם יש ספק בתקנה מוקמינן על ד"ת דאין ספק תקנה מוליא מידי ודאי ד"ת לכן גם הרמ"א לשיטתו דס"ל דדמ"ד אפילו בדין שבין ישראל לחברו כמ"ש בחו"מ סימן שס"ט ס"ח ה"נ פסק לענין שופט גוי אף שהוא לענין דין שבין ישראל לחברו אבל הש"ך בחו"מ סי' ע"ג ס"ד סקל"ט הביא כמה פוסקים דלא אמרינן דדמ"ד בדין שבין ישראל לחברו נגד דין המפורש בש"ס וכן העלה להלכה דלא כהרמ"א א"כ ה"נ אין מכירת השופט שעשה כפי דיניהם ולא כד"י מועיל וגם הלבוש השמיט כאן דברי הרמ"א אבל בחו"מ ס"ס ק"ט הביאו ול"ל כמ"ש הנתיבות דדוקא בישראל החייב לגוי אבל כאן שהוא בין האלמנה ליורשים לא ס"ל כהריב"ש וכמ"ש הע"ש בסי' שס"ט ומ"ש הרשב"א בתשובה תרל"ז ל"ל דמיירי לענין מה שנוגע למלך עלמו לבין העם כראיה שהביא שם מדקטלו דיקלא וגשרי גשורא שהוא מדיני המלוכה דאל"כ יסתרו דבריו למ"ש בעלמו הובא בב"י חו"מ ס"ס כ"ו ובש"ך בסימן ע"ג ס"ק ל"ט ועיין מהרי"ט חחו"מ ס"י.

סימן ק"ה

ס"ג ומתה האלמנה קודם שנשבעת על הכתובה בכור נוטל פ"ש והקשה ב"ש סק"ח דיאמרו הפשוטים אנו מוחלים השבועה כדי שלא יקח הבכור פ"ש כמ"ש לעיל סימן ל"ו סק"ד בשם ש"י וי"ל הבכור יכול לעכב על זה דהוא אינו מוחל משא"כ שם בתשובת ש"י איירי דכל היורשים רולים למחול עכ"ל ואינו מובן כהי דהבכור אינו רולה למחול מ"מ הפשוטים יכולים למחול השבועה על חלקם.

לכן נ"ל דהנה בתשובת ש"י שהביא הב"ש לעיל מבואר דאם יש בע"ח על אביהם יכולים היורשים לומר לא ניחא לן השבועה של אמנו כי השבועה תקנו חכז"ל לטובת היורשים וי"ל לא ניחא לן תקנות חכז"ל ואז יורשים את הכתובה וא"ל לשלם ממעות הכתובה לבעל חובות והנה איתא במרדכי פרק שד"ג דא"י לומר א"א בתק"ח רק כשמוחזק וביארתי דבריו לקמן סימן ק"ע וא"כ בשלמא ההוא דתשובת ש"י דבאים להפקיע מבע"ח דאינו מוחזק דקי"ל בפכ"ש דף ל"א דבע"ח מכאן ולהבא גובה אי אקדים או זבין מלוה לא מהני והיורשים מוחזקים ממילא בהירושה מיד שמת אביהם ואם מכרו הוי מכירה לכן י"ל א"א בתק"ח משא"כ הפשוטים דבאים להפקיע חלק בכורה דהוא מוחזק מיד שמת האב בפי שנים ואם מכר מועיל כדאיתא בחו"מ סי' רע"ח ס"ח לכן א"י הפשוטים לומר א"א בתק"ח ואפשר לזה נתכוין גם הב"ש ובריב"ש סימן ק"ס הוכיח דהיורש חשוב מוחזק בנכסים אפילו אינם מטלטלים תחת ידו עיי"ש וכ"כ מהר"י באסאן שבתשובת מהרי"ט חחו"מ ק"ט והסכים עמו מהרי"ט בס"י אולם מהרי"ט לא ס"ל כתשובת הש"י שאמרו היורשים א"א בתק"ח לחוב לבע"ח.

ס"ה המוחלת כתובתה א"ל לא קנין ולא עדים הנה יש פוסקים דתפיס שטרא צריך קנין והקשו ממה דאמר ר"א בכתובות דף ק"ד אם שטר כתובה יולא מת"י ג"כ אינה גובה רק עד כ"ה שנים ול"ל דבזה גופא פליגי ר"א וחכמים דא"כ לפלגו גם כשמחלה בפירוש וגם בכל שט"ח וכ"ל לפמ"ש בקלו"ח סימן סמ"ך סק"ב לענין אסמכתא דלא קני משום דלא גמר בלבו להקנות דאם מנח אומדנא אמרינן דגמר בלבו להקנות תו ליכא משום אסמכתא עיי"ש לכן ה"נ בעלמא כשלא החזיר השטר אמרינן דלא גמר בלבו למחול אבל שהתה כ"ה שנים דאמדו חכז"ל דעתה דמחלה שפיר מהני.

ועוד נראה דתליא במחלוקת הפוסקים שהבאתי בערך ש"י חו"מ סימן ס"ו סכ"ו אם מחילה מטעם מתנה או מטעם סלוק וכתבתי שם דתליא במחלוקת רז"ה ומלחמות בפרק שור שנגח אם חוב הוי דשב"ל או דשלב"ל דאם הוי דבר שבא לעולם וכגבוי ביד מלוה דלמפרע גובה ל"ל מחילה מטעם מתנה ומהרי"ק בשרש פ"ט כתב דהוי דבר שבא לעולם דאפילו לרבא דס"ל מכאן ולהבא גובה היינו לענין אקדים או זבין מלוה בקרקע של לוה משום דיכול לסלוקים בזוזי אבל החוב בכללו ע"כ עומד לגבות והוי כגבוי דלמפרע גובה והפנ"י בפכ"ש דף ל"א כתב דלמ"ד שכ"ד רק משום נע"ד תקנו ודאי רק מכאן ולהבא גובה דמשום נע"ד לא היו לריכין לתקן שיגבה למפרע ונראה דבזה תליא נמי מה דפליגי הפוסקים הובאו בתוספת פ"ק דסנהדרין אם מחלה לריכה קנין דאם רק מכאן ולהבא גובה הוי רק מטעם סלוק ממה שיבא לידו אח"כ וגם מה דפליגי אם תפיס שטר אם מועיל מחילה בלא קנין משום דאם תפיס שטר יכול לגבות מהלקוחות ואין הלוה יכול להבריח קרקעותיו לכן הוי כגבוי ולריך קנין משום דלמפרע גובה דקי"ל שעבודא דאורייתא משא"כ כתובה דקי"ל דהוא דרבנן שלא תהא קלה בעיניו להוליאה וסגי אם מכאן ולהבא גובה לכן מחילה א"ל קנין ואפילו תפיס שטר דאינו רק סלוק ולא מתנה ובמוכר שט"ח דלא יגבה עוד המוכר לעולם ל"ל דאללו הוה כגבוי ונשאר לו רק שעבוד הגוף ובזה מהני מחילה בדיבור בעלמא כדאיתא בפ"ק דקידושין ש"מ מדע"ע לריך שטר דגופו קנוי דאל"כ לימא ליה זיל הכי אף דודאי יש לו עליו שעבוד לעבדו מ"מ סגי בדיבור ה"נ מוכר שט"ח דלא נשאר אלא המוכר רק שעבוד הגוף סגי בדיבור בעלמא כיון דלא יגבה חובו עוד לעולם.

סימן ק"ו

ס"א ושתקה כתב החמ"ח ה"ה אם קבלה וכרבי יוסי ואפשר אף בלא כתב כל נכסיו מהני אם קבלה ובתוספת רי"ד פי"נ דף קל"ב ע"ב בד"ה ר' יוסי אמר אם קבלה וז"ל כתב רי"ל תמיה לי וכי לר' יוסי לית ליה לקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה מקחו בטל דהא לשם יותר קבלה שהקנתה לו בקנין השעבוד שהיה לה על אותה שדה וכ"ל דלק"מ דהתם כשלא מכר כל נכסיו לא מחלה בכל לב ומלינו לומר

כ"ר

כ"ר עשיתי לבעלי אבל כשמחלה כל נכסיו ואינו משייר לעצמו כלום אלולי שבכל לב היא מוחלת לא היתה עושה בזה כ"ר לבעלה עכ"ל וזה ג"כ דלא כמ"ש בית יעקב כאן וז"ל דאטו אם לא יהיה לו רק שדה אחת וימכרנה והאשה תכתוב ללוקח דו"ד אין לי לא תוכל לומר נח"ר.

סעי' ב' בהג"ה מי שלוה לתת לבניו או לאחרים כו"כ ולוה כך לפני אשתו ושתקה י"א שצריכה לקיים וכתב החו"ח פסק זה תמוה דהא בהדיא אמרינן בגמרא דוקא בדלא שייר ודוקא בדכתב לה קרקע כ"ש אבל בשתיקה גרידא ליכא למ"ד את"ד ולאומר הכושא כ"ל דהרא"ן שם מעיקרא אמר משום דמלקד"ה ועל זה אמר משום דלא מיחתה ועיין בכסף משנה פכ"ב מהלכות מכירה הע"ו ז"ל שרבינו סובר כיון שאמר מורישם כל מה שיוליא אילן זה לעניים והם שמעו ושתקו סבור וקביל וה"ל כאלו נדרו הם בעצמם וחייבים לקיים נדרם עיי"ש וה"כ ס"ל לרא"ן אם שתקה סברה וקבלה לקיים דברי המת ליתן לפלוני מה שמשועבד לכתובתה הוי כקיבלה עליה לעשות מלוה בתמוכה כיון דמלוה לקיים דה"נ אף שהמקבל אינו עני וכה"ג כתבו תוספת פ"ק דגיטין דף י"ג בד"ה והא דשמא לא אמרינן מלקד"ה אלא כשהשלים מתרלה עיי"ש כ"ש הכא דמבועבד לכתובתה בעינן כלוכה ואזי חייבת לקיים אבל ליכא בזה מחילת שעבודה רק כמי שמקבל עליו לעשות מלוה בממונו ואין ב"ד יורדין לנכסיו ויש בזה היתר ע"י פתח וחרטה כשאר נדר ובכל מלקד"ה אם מכרו היורשין מכירתן מכירה כדאיתא בחו"מ ר"ס רכ"ב דאינו רק מלוה על קרקפתא דגברא לכן בפי"כ דחלק נכסיו דתנן דאיבדה כתובתה הרי אפילו תפסה יורדין לנכסיה לזה לריכין דוקא שעשאה שותף בין הבנים ומחלה שעבוד כתובתה דזולת זה ליכא אומדנא דמחלה כתובתה רק דקבלה עליה לעשות בממונה המלוה לקיים דברי המת ועיין ש"ך חו"מ ס' רל"ב סק"ב בשם הש"ג ולא כפלאת סברת רא"ן דכהי דמוכח מהך דעשאה שותף בין הבנים דזולת זה ע"י שתיקה לא אבדה כתובתה משום דאם לא עשאה שותף אין טעם לומר דמחלה בהכס אבל מ"מ י"ל דסברת וקבילת לעשות המלוה לקיים דברי המת בממונה דניחא ליה לאינם למיעבד מלוה בממוניה כדאיתא בפ"ק דפסחים דף ד' ע"ב ואף דאינה מחויבת בממונה לקיים דברי המת מ"מ אם מקיימת דברי המת קיימה מלוה וא"כ מועיל שתיקתה להצריכה לקיים המלוה ואין ה"כ אם טוענת מה ששתקה היה שלא להכעים את בעלה שלא תטריף דעתו או נעשית נחת רוח לבעלה י"ל גם לרא"ן נאמנת כל זמן שלא ניתן המעות להמקבל כיון דמחמת קבלת המלוה ליכא רק בינה לבין קונה אבל כשאינה נותנת אומתלא על שתיקתה או לא נתנה קודם שבא המתנה ליד המקבל בזה אמר הרא"ן דיש בו משום מלקד"ה ומה שהקשה הטו"ז הלא קי"ל בחו"מ סימן רכ"ב דאין מלקד"ה רק בהושלם לשם כך לק"מ דמבואר בש"ת רמ"א סימן מ"ח דלא פליגי הפוסקים אלא כמ"ש הריטב"א הביאו הב"י ס"ס רכ"ב וז"ל אפילו לא הושלם מתחלה לכך ואפילו לא הוליא ממון מתחת ידו כל שלוה ליורשים או למי שסיפק בידו לעשות וקבל עליו או שתק יש בו משום מלקד"ה עכ"ל וכ"כ סמ"ע והש"ך ס"ס רכ"ב וא"כ הכא דבדידה תליא מלתא כיון דמשועבד לכתובתה אם קבלה עליה או שתקה מלקד"ה ועיין במרדכי שם פרק אלמנה ניזונית ג"כ מתשובת הרא"ן דכתב דאפילו למ"ד דאין כופין משום המלוה לקיים דברי המת מ"מ היכא דנתקיים ותפס המקבל לא מהדרינן עובדא.

ועוי"ל לפימ"ש חכ"ל סי' קכ"ד בהא דמלינו בש"ס לפעמים מדשתק לו הודה לו ולפעמים מלינו דשתק מדלא חש להשיבו וחילק דהיכא דיש חשש דיטעו השומעים אמרינן מדשתק ודאי אודיי אודה משא"כ היכא דפשיטא לו לפי דעתו אמרינן לא חש להשיבו עיי"ש לכן בשלמא לדיכא דגמרא דכתובה לא נגבית אלא מן קרקע ליכא הוכחה משתיקה די"ל מה אכפת לה דאפילו יקחו בניו הקרקע תוליא מהם הקרקע ע"י ב"ד אבל כידון הרא"ן דמיירי בזקוק ואלי שהיה לבעלה ביד שמעון לוה בפניה שיתן לאביו ראובן והיה לה לחוש שמא יתן שמעון הכסף לראובן ויוליאם ולא תהא לה ממה לגבות והרי קמן דתבעה את שמעון בדין ולא את ראובן שקיבל מן שמעון ועוד דכתב הרמב"ם בפט"ז מהלכות אישות דיש להתיישב בדבר אם נהוליא מטלטלין מן היורשים לכתובה מחמת תקנת הגאונים אם לא נכתב בפירוש בכתובה לגבות ממטלטלין ולכן לא היה לה לשתוק לכן אמדינן דמחלה שעבודה מן אותו כסף ובב"ק דף קי"ב ע"ב איתא לא כתבינן אדרכתא אמטלטלין דלמא שמיט ואכיל להו וכי אתי ליה ומרע לשטרא לא משכח מידי למגבי וכה"ג איתא בחו"מ סי' ק"ד ס"א בהג"ה ובסימן רפ"ה ס"ג.

ולפימ"ש הרמב"ן בב"ב דף קמ"ח והובא ג"כ בר"ן פ"ק דגיטין דף י"ג דלאו מלקד"ה רק כשמלוה לאחד ליתן אבל אומר הריני נותן או יטול פלוני או יהא לפלוני מנכסי כו"כ אין מלקד"ה ועיי"ם ולפ"ז בשלמא המחלק נכסיו וכותב לבניו כך וכך ולאשתו כו"כ דליכא בזה משום מלקד"ה ל"ל בזה שתיקתה כהודאה או מחילה אלא כשעשאה שותף בין הבנים דיש בזה לתלות אזי עילה מלאו מקולי כתובה ואמרו דמחלה כששתקה משא"כ בנידון הרא"ן שהשכ"מ לוה ליתן דאזי מלוה לקד"ה אם לא תעכב האלמנה ממנות שעבוד כתובתה אזי אמרינן כיון דשתקה ניחא לה משום לקיימה בשעבודה המלוה דניחא ליה לאינש לקיומה מלוה בממוניה כמ"ש לעיל וכיון דיש עילה בזה לתלות במחלה תלינן גם כן מקולי כתובה.

ולפ"ז י"ל דלא פליג מהר"ם שבמרדכי פי"כ סימן תקפ"ז שהבעל לוה לתת לאשתו כו"כ דאף אם בפניה חלק ולוה ושתקה לא הפסידה בשתיקה עיי"ם די"ל דחלק שזה יקח כו"כ וזה כו"כ דבזה ליכא מלוה לקד"ה או משום דס"ל דאין מלקד"ה רק בהשלים כדעת ר"ת אבל היכא דמלקד"ה י"ל מודה אם לוה בפניה ושתקה מהני אף דשייר קרקע או לא חילק לה קרקע ובמרדכי שם סי' תקל"ג מבואר דמהר"ם ס"ל דאין מלקד"ה רק אם הושלם לכך ואף דבתשובת מהר"ח א"ז סכ"ג הוכיח מכמה דוכתי דגם בענין מלוה לא הוי שתיקה כהודאה מ"מ שאני הכא דהא גם בחילק נכסיו וכתב לב"א קרקע כ"ש לא אבד חובו וכן האשה בנדוניא רק בעיקר כתובה ותוס' אמרינן מקולי כתובה ע"י עילה כ"ד דשתיקה מהני ועיין ש"ך יו"ד סי' רמ"ח ס"ה סקי"א דשתיקה כהודאה לכאורה הטעם משום דמלוה הוא אמרינן מדשתק קיבל עליו דהא הש"ך בחו"מ סי' פ"א ס"ב סק"ע כתב דשתיקה אינה כמחילה ול"ל דהא דיו"ד משום דבלא"ה האב מחויב לשכור מלמד לבנו דא"כ ל"ל להטעם משום דשתק אע"כ מיירי באופן שהיה

האב

הלא פטור כגון שהוא עני או יכול למלא מי שילמדהו בחנם או בפחות משכירות מלמד זה ועתוס' בב"מ דף כ"ב בקד"ה אם יש יפות ובמהרי"ק שרש קנ"ה היכא דיש לד חובה ולד זכות ושתק הוי כקבל בפירש אף דמוחזק ואומר ברי דלא נתרצה וכן הוא בחו"מ סי' קפ"ה ס"ד.

סימן ק"ז

ס"א שקנו מידו ובחו"מ סי' רמ"ו ס"ד כתב דאם הקנה לו אג"ק או בק"ס הוי מתנה והקשה בית מאיר דלפ"ז מה מבעיא בש"ס בבריא האיך ממ"כ אי אקני בק"ס בודאי במתנה ואם רק בכתובה הא אין מטלטלין נקנין בשטר ואי באגב מוכח גם כן דבמתנה ואי כתב לו בשטר כל נכסיו הא ממילא אז לא קנה המטלטלין והוי מתנה בשיור ואטו בגברא ערטלאי מיירי ואי אקני המטלטלין במשיכה כ"ע אם איכו יותר גילוי דעת למתנה מאגב את"ד.

והנה י"ל דכתב כל נכסיו ומונחין המטלטלין בחצר שלו המשתמר או עומדת בצדו דנקנין המטלטלין ממילא בתורת חצר דבזה ליכא גלוי דעת דלמתנה איכוין כיון דנקנין ממילא אלא לדעת הש"ך בחו"מ סי' ר"ב דאין חצרו קונה אלא בכבר הוא חצרו ולא כשחצרו ומתנתו באין כאחד הק"ל אך הקשו כל האחרונים על הש"ך מכמה דוכתי ותרלתי בערך ש"י דטעמו של הש"ך כיון דיכול לחזור מקנין החצר תוך כ"ד עדיין אגוד גביה דמוכר ונותן ולא קנה החצר ללוקח ומקבל וממילא אחר כך תו לא קנה דהא לא הקנה בזה אחר זה רק ביחד וכן מצאתי להגאון רצ"פ שתירוץ כן דעת בנה"ט עיי"ש אך במקנה קו"א סי' כ"ז ס"ג כתב דמוכר או נותן ומסרו לחברו א"י לחזור תכ"ד דהרי גבי הקדש א"י לחזור תכ"ד משום דאמ"ל כמסורה להדיוט מוכח דבמסורה להדיוט נמי א"י למיהדר תוך כ"ד והטעם דלא אתי דיבור ומבטל מעשה כדאיתא ר"פ האומר דלכ"ע לא אתי דיבור ומבטל מעשה והא דאמר בב"ב דתכ"ד כד"ד לבד ממגרש ומקדש והרי מקדש ומגרש עשו מעשה ומאי אריא הכהו הא גם מוכר ונותן א"י לחזור היינו כיון דמגרש וכן קידושין קי"ל דצריך דיבור עם המעשה אבל אם נתן לה גיטה וקידושיה בשתיקה אף דנתכוין לגרש ולקדש אפילו באמרה הוא לא מהני משום דבעינן דוקא דיבורו עם המעשה לכן כיון דתכ"ד מבטל דיבור ראשון ה"א דממילא הקידושין וגירושין בטלין דהוי כמעשה בלא דיבור קמ"ל דא"י לחזור תוך כ"ד אבל במכירה ומתנה דא"ל אמירה פשיטא דא"י לחזור אחר המשיכה תכ"ד את"ד והנה מש"כ לענין גט וקידושין דצריך דוקא אמירה כ"כ הרז"ה בפרק הזורק דבעינן שיוליא הבעל מגרש השילוחין בפיו לאחר כתיבת הגט שיתבונן הדבר לעדים או לאשה וכן הקידושין בעינן שיתבונן לעדים ולאשה עיי"ש אמנם מה שחידש המקנה במכר ומתנה תפסו עליו מחו"מ סי' קנ"ה דבכל הקניינים יכול לחזור תכ"ד. ומה שאמרו במקדים דא"י לחזור תכ"ד משום דאמל"ג כמסירה להדיוט כתב קלו"ח בסי' רכ"ה משום דאמירה לגבוה לבד כמסירה אין דיבור מבטל מעשה אבל משיכה ומסירה להדיוט לבד איכו עושה קנין אם איכו אומר להקנות לו יכול לחזור תכ"ד מהא דאמר קני וממילא בטל המעשה דהוי בלא דיבור את"ד שם ולפ"ז אני אומר כל זה במקנה בעל פה ע"י משיכה או כסף או חזקה אבל נותן קרקע בשטר דכותב שדי נתונה לך ומוסר למקבל השטר מה לורך לומר בפיו וכן מלאתי בב"מ לקונן סימן קל"ו דבגט כשר מדאורייתא לדעת רמב"ם והש"ע אם נתן בידה ולא אמר כלום משום דכתוב בגט לשון הבעל אבל בקידושין אפי' מקדש בשטר והוי כאלו הוא מדבר מ"מ אין ניכר אם דעתה ג"כ לקידושין והפוסקים דמדאורייתא לריך להוליא מפיו הוא מגזה"כ משום דכתיב ושלחה מביתו כדאיתא בספרי וכן במקדש משמע כמי מהרז"ה דהוי מגזה"כ ועכ"פ בנותן מתנת קרקע בשטר דכתב שדי נתונה לך דליכא כל הכהו טעמי כיון דהכותן כותב שדי נתונה לך או לפלוני דמתנה זכות הוא למקבל וזכין שלא בפניו וכדאיתא בחו"מ סי' קנ"ה ס"ג ומועיל דעת הכותן לבד דדעת אחרת מקנה לו מהני בלא דעת המקבל וכמ"ש הרא"ד ופוסקים מהא דב"ב דף מ"א בעובדא דרב ענן עיי"ש א"כ מהכי השטר בלא אמירה וממילא איכו יכול לחזור אפילו תכ"ד א"כ הדרה ומתכתה באין כאחד גם לסברת הש"ך א"כ את"א הבעיא דבבריא האיך כפשוטו דכתב כל נכסי נתונים לך וכל מטלטלין על קרקעות שלו וגם מתורץ מה שדקדק החו"ח סק"א דבבריא לא ילדק אעפ"י שקנו מידו דבלאו קנין פשיטא דלא קני ולפמ"ש א"ש בכתיבת ומסירת שטר גם בלא קנין נקנה המתנה כולא דאמרו לא עשאה אלא אפטרופסית.

ובזה מדוקדק לשון הרמב"ם פ"ו מזכיה דתחלה כתב הכותב כל נכסיו לאחד מבניו בין שהיה בריא בין שהיה שכ"מ אפילו הי' בן קטן המוטל בעריסה לא עשהו אלא אפטרופס אח"כ כתב וכן הכותב כל נכסיו לאשתו בין בריא בין שכ"מ אעפ"י שקנו מידו לא עשאה אלא אפוטרפא על יורשיו ויל"ד למה לא כתב בריבא אע"פ שקנו מידו ולפמ"ש א"ש דהא בבריא לא ילדק אעפ"י שקנו מידו דבלאו קנין פשיטא דלא קנה הבן דמטלטלין לא נקנין בשטר אלא ע"י שזוכה בקרקע זוכה במטלטלין המונחין שם בתורת חצר והתינוק בגדול או אשה אבל קטן המוטל בעריסה כהי דיכול לזכות במתנת בריא ע"י שמזכה הכותן השטר בשבילו לאחר דזכין שלא בפניו וזוכה בקרקע אבל המטלטלין אי אפשר שיזכה ע"י החצר דאין שליחות לקטן ואין חצרו קונה לו כמ"ש הרמב"ם להדיא בפכ"ט מהלכות מכירה ה"י ועיי"ש בהה"מ ופריסה בחו"מ סי' רל"ה ס"ח וא"כ בבריא הכותב כל נכסיו לקטן המוטל בעריסה פשיטא דלא קני אלא ע"י קנין שאחרים מקבלין קנין מהכותן בשביל הקטן ולכן לא כתב הרמב"ם בריבא אעפ"י שקנו מידו ועחו"מ סי' רמ"ג ס"ח וס"ט.

ב"ש סק"א ז"ל בין בריא בש"ס לא אפשט הבעיא בבריא שכתב כל נכסיו לאשתו אם כונתו היתה לעשות אותה אפוטרופס כיון שהיא בחיו וכ"מ אם תפיסה מהני כמ"ש בחו"מ בכמה מקומות מיהו י"ל קודם שכותנים לה אומרים לה דאין תפיסתה תפיסה ואין כותנים לה אלא לשם אפוטרופס עכ"ל ויש לעיין ממ"כ אם כאן לא מועיל תפיסה כיון דמוקמינן בחזקת מרה קמא אכ"ל לה כנוס ואם מועיל תפיסה מה יועיל מה שאומרים לה הלא לרמב"ם וסייעתו מועיל תפיסה שלא ברשות וכיון דבא לידה אין מוליאין מידה ואפילו מעיקרא נתכוית בפירוש שלא תתפוס לעלמה רק נוטלת הנכסים להיותה אפטרופס תוכל לחזור בה ונראה דלא יתנו לה הנכסים כיון שתועיל תפיסתה ויפסדו היורשים דהרי אפוטרופס שמנה מב"ד או אבי היתומים

ומפקיד

ומפקיד ומסלקין אותו כמבואר בחו"מ סי' ר"כ ס"ה ובתשובת הרא"ש הובא בטור כאן דאפילו ע"י חשש מסלקין אותו כ"ש בנידון זה כשיבואו הנכסים לידה דאין מוציאין מידה אלא יעשו תקנה שלא יתנו לידה הנכסים רק אם תחייב את עצמה בקנין להחזיר הכל ליורשים ולא תתפוס לעצמה דאז מועיל דחיוב בקנין מועיל אף בדבר שאינו חייב ואפילו בדבר שאינו ברשותו כדאיתא בחו"מ סימן סמ"ך ס"ו.

ובתומים בקונטרס ת"כ אות ט"ת כתב דגם רמב"ם מודה כאן דאם תפסה מוציאין מידה עיי"ש דלא כתב טעם ואם משום אמ"ק הא בספק בדין אין מוכרע ע"י חזקה דמעיקרא ועיין אס"ז בפ"כ דף קנ"ב הביא מהר"ן דמסתברא כיון דלא אפשטא הבעיא קנו קנין גמור כיון דהלכתא בלא טעמא הוא לא נקטינן מינה אלא מאי דפשיטא בהדיא וא"כ איך נאמר בדעת הרמב"ם אפילו התפיסה ל"מ נכרע משאר בעיא דלא אפשטא.

ואפשר לפרש קצת רמב"ם ומחבר דאפילו בריא ולא כתבו דהוי ספק משום דהבעיא היה דשמא כשבוע דלמתנה נתכוין ולא יהא ספק כלל אבל עכשיו דלא נפשטא וכיון דתלוי בדעת ואמירת הנותן הלא קי"ל בקידושין דף ס"ד ע"ב דלא מחית איניש נפשיה לספקא ומקילין עי"ז באיסור דהוא איסור חמור ופרש"י שם בד"ה כולן מותרות דלא מחית אינש לאיגר וולתא דליתי ביה לידי שאילה לחכמים וה"נ אם איתא דנתכוין למתנה גמורה היה מפרש להדיא דלאו לאפטרופס מיכוין ואפכא נ"ל אם איתא דלאפטרופס נתכוין הוה מפרש להדיא דהא כתב ר"י והובא בגמ' דאפילו כתב ילך יזכה יחזיק במתנה אפ"ה לא עשאו אלא אפוטרפס דכל יפוי כח שכתב לא הוי אלא כדי דלישתמען מיליה טפי וליפוק עליה קלא שהנכסים שלה לכן כותב בלשון מתנה וא"כ לא היה יכול לפרש דעשאה רק אפוטרופס אבל אם כונתו למתנה גמורה לא היה שותק כיון דהוה בעיא דלא נפשטה ול"ל אטו כ"ע דינא גמירי כמ"ש הש"ך סימן ס"ו ס"ק כ"ה ובריב"ש סימן ת"פ ונפסק בחו"מ סימן ס"א סט"ו דאמזוקי אנשי בדלא גמירי לא מחזיקינן ולכן מדקדקין לשון השטר ודנין על פי אותו דקדוק ולא אמרינן האי גברא לא גמיר כולה האי והיה סבור שהדין היה בענין כך ומפני כך כתב אותו לשון והובא בי"ת אות כ"ג בכללי הדינים ועיין בכס"מ בדיני תפיסה אות י"א דלפיכך ספק במחלה ומחמת הלשון יד בעל המוחל עה"ת אף דמוחזק משום דלא מחית אינש נפשיה לספיקא וודאי כונתו על הפחות שאפשר לפרש לשונו עיי"ש וא"כ ה"נ מפרשינן על הפחות דלא נתן לה רק כבוד אפוטרופוס ורבא דבעי היינו דאם נשבע דודאי לאו לאפוטרפס נתכוין אזי כיוה למתנה נתכוין אבל אם ליכא הוכחה מכרעת ממילא אמרינן לא מחית נפשיה לספיקא ונתכוין רק על הפחות שבמשמעות.

ב"ש סק"ב אע"פ שקנו מידו עיין בחו"מ סי' רמ"ו שם הביא פלוגתא בזה אם אמרינן בכה"ג דעשאו לאפוטרפס וכתב הבית מאיר ברמב"ם ל"ע שזה האע"פ כתב רק בדין זה ולא מקודם גבי כותב לבנו וא"י שום טעם לחלק. והס"ע כאן לא הביא דעת החולקים ובחו"מ סימן רמ"ו הביאם עיי"ש ולעיל כתבתי ישוב דברי הרמב"ם אמנם בדעת המחבר י"ל דס"ל דדוקא בכותב לאשתו אף דקנו מידו לא עשאה אלא אפוטרפא דכהי דים אומדנא לומר דודאי למתנה גמורה נתכוין דאל"כ קנין למה מ"מ כיון דבזה מיעקר לגמרי נחלה דאורייתא מן היורשים ונותן הכל לאשתו דהיכן האומדנא כדי שיתקיים ד"ת ועיין סמ"ע סימן רמ"ז סק"ד דאין לעקור נחלה דאורייתא ע"י אומדנא עד שיתנה בפירוש עיי"ש וזה נראה טעם מ"ד כאן דגם בכותב לבנו כל נכסיו אפילו קנו מידו לא עשאו אלא אפוטרפס כיון דנעקר הנחלה דאורייתא משאר בנים דאיכן האומדנא דאמדינן ומחמת הקנין אבל רמב"ם והמחבר כאן ס"ל האי סברא רק בכותב לאשתו כל נכסיו דמבטל לגמרי הנחלה דאורייתא וכסברת רה"ג שהביא ב"י ס"ס זה ובמחבר סעיף יו"ד כיון שהעמיד יורשת התורה באחד מיורשיו הרי יש סברא לחלק בהכי ועיקר סברת מ"ד דגם בקנין לא קני למדו מהא דלא מוקים הש"ס בפ"כ דף קל"ב דר' יהודא הנחתום בשכ"מ וקנו מידו ומעובדא דהתם היה כותב לאשתו כל נכסיו א"כ אין ראיה באם כתב לבנו וכמשך המחבר אחר הרמב"ם דלא כתב אעפ"י שקנו מידו רק בכתב לאשתו והכריע כמותו אבל בחו"מ בכתב לבנו הביא הפלוגתא.

ס"ז היה לו בן בטו"ז תמה על תשובת הרא"ש שהביא הטור ראובן חלה ולוה מח"מ ואמר אני נלוה מח"מ ואני נותן כל נכסי לאשתי ואני משייר כח לעצמי שאוכל לתת מה שארצה בעבור נפשי ואל תחשבו לי לשטות שנתתי כל נכסי לאשתי שאני יודע בה שלא תנשא עוד והשיב הרא"ש דלא הוי שיור מה ששייר כח לעצמו דמתנה של האשה לא חיילה עד אחר מותו ובאותו שעה לא שייר אך כיון שאמר אל תחשבו וכו' מורה שנתן לאשתו במתנה לא לאפוטרופס ותמה הטו"ז בלא"ה מוכח דלא נתכוין לאפטרופס דא"כ למ"ל אני משייר כח לעצמי והרי ממילא הכל שלו ולפי דברי הטו"ז אפילו לא אמר ואל תחשבו וכו' הוי מתנה ואני תמה על תמיהתו דבשלמא אם נתכוין למתנה היה צ"ל אני משייר כח לעצמי שפיר י"ל אלו לאפוטרפס נתכוין לא הל"ל אני משייר וודאי למתנה נתכוין לכן צריך היה הדבר לאמר אבל גם אם למתנה נתכוין הוא שפת יתר דהא המתנה לא חיילה אלא לאחר מותו וממילא יש לו כח בחייו לתת מה שירצה א"כ אין הכרע לשום צד מאלה הדברים ואין לומר דצ"ל אני משייר כח לעצמי דלא למשוייה נפשו הדרנא כשירצה לתת בעד נפשו אחר שכבר נתן לאשתו וכעין דאיתא בכתובות דף כ"ג למשויא נפשך הדרנא לא קאמינא אף דבדין היה יכול לחזור וגם מלוה שלא להעביר נחלה כדאיתא התם דזה אינו דכיון דפירש אני מלוה מחמת מיתה הא פירשב"ם בפ"כ דף קל"ז ע"א דקאמר אדם הכותב ממונו לאחר מיתתו אינו רוצה להוציא ממנו מכחו עד שתגמור מיתתו וא"כ כ"ש דפשיטא שאינו מוציא מכחו בחייו ממש שיוכל לעשות בממונו כרצונו וא"כ לא הוי הדרנא כלל דמעיקרא לא נתכוין ליתן רק מה שישאר אחריו.

ס"י כיון שהעמיד יורשת התורה הקשה החמ"ח לפ"ז בחכם הגיה הרמ"א סעיף ז"ין במי שיש לו רק בן אחד וכו' ועוד בחו"מ סימן רמ"ו ס"א כתב דאם אמר אלו נכסי לבני פלוני ואלו נכסי לבני פלוני הראשון הוי מתנה ובני אפוטרופס ולמה לא אמרינן הא העמיד ירושה דאורייתא בראשון יהא גם לשני מתנה וכתב הב"ש למה לא הקשה מהש"ס דאתמר שם אם נתן כל נכסיו לבנו לא עשאו אלא אפוטרופס ולא אמרינן למתנה נתן כיון שהעמיד ירושה

ירושה דאורייתא עכ״ל ונראה דשאני התם דנכסיו כולן לבני דעשאו אפוטרופוס על כל העזבון גם חלק אותו בן יצא בכלל תפיסת הבית דאזי הוי כהא דתנן פ״א דשקלים ופ״ט דבכורות דף כ״ו דאם לא חלקו היורשים חייבים במעשר בהמה ופטורין מקלבון שממון אביהם בחזקתו עומד כאלו לא ירשו עדיין ואביהם שוקל בשביל בניו משא״כ הא דרב ה״ג שחלק לשתי בנותיו לכ״א שתטול לעצמה יש הוכחה שלא עשה לאשתו אפוטרפסת מדלא עשאה על כל העזבון וכיון דהעמיד ירושה דאורייתא סמכינן על ההוכחה לכן הקשה החמ״ח רק מחלי לבני פלוני דאזי אין הראשון אפוטרפס כלל ונוטל החלי לעצמו וגם העמיד בזה ירושה דאורייתא.

אמנם לסלק קושית החמ״ח לולא מה שהבינו בדברי רה״ג כ״ל כוונתו כיון שאמר בתי פלונית תטול כו״ן ז״כ ובתי פלונית תטול כו״ן ז״כ ועל אשתו אמר השאר שלה ולא אמר תטול השאר או יהא שלה הדברים מוכיחין שהודה דהשאר שלה מחמת כל״ב או כ״מ וכה״ג ולא אמרו ז״ל דלא עשאה אלא אפוטרופס רק בכותב לה כל נכסיו במתנה ולא באודיתא דאם אמת הדבר ודאי לא יפקיעו חכז״ל את שלה מכבר ואודיתא מהני אפילו ודאי אינו של פלוני שהודה לו בהודאה גמורה שאין לומר שלא להשביע אומר כן כמ״ש סמ״ע בחו״מ סימן רכ״ו ומבואר כן בב״ב דף קמ״ט וכאן ל״ל שלא להשביע אמר כן לא מבעיא אם אמר הבעל בפניה כנראה מלשון רב האיי בב״י דאמר לה אלא אפילו שלא בפניה כיון דאמרו להשכ״מ אשתך מה תהא עליה כמ״ש המחבר או כמ״ש בב״י מה תתן לאשתך ל״ל שלא להשביע אמר כן דא״כ לא נתן לה כלום וי״ל דהוה כתביעה ממנו ע״י שליח דל״ל שלא להשביע כדאיתא בחו״מ סימן פ״א ס״ד בהג״ה וגם הוי כמוסר דבריו בלוואה דל״ל שלא להשביע כמבואר כ״ז בריב״ש סי׳ של״ב ולע״ג אם כאמר דגם באודיתא אחז״ל לא עשאה אלא אפוטרופס אפילו ידוע שאין הנכסים שלה אבל כשאין ידוע וי״ל באמת הודה והנכסים בחייו שלו ודאי נאמן על עצמו.

אלא דהיה אפשר לחלות כיון דלא נתן כלום לבתו. השלישית אם איתא דהשאר של אשתו באמת העביר נחלה מבתו השלישית דהיה לו לחלק המאה זהובים לשלשתן לכן לא נסמוך על אומדנא ונפרש מה שאמר השאר שלה היינו דנותן לה מנכסיו ושכ״מ מדבר בלשון קצר כמ״ש הרשב״ד שבאס״ז פ״כ דף קל״א ע״ב מפני שכבד עליו הדיבור לא בירר עיי״ש והיכא דמעביר נחלה לא סמכינן אאומדנא כמ״ש הסמ״ע בסימן רמ״ז ס״ק ד׳ לכן כתב רה״ג כיון דהעמיד ירושת התורה בשתי הבנות ולא עקר לגמרי הירושה אינו מחויב יותר עכ״פ מן התורה אף דאחז״ל לא תיהוי באעבורי אחסנתא מ״מ לא הכל נזהרין בזה וכמ״ש הה״מ בפ״א מה״א ה״ה ובפרק איזהו נשך אמרו רב עילם גברא רבא ואיסורא לאיכסי לא ספי אפילו באיסור דרבנן משום דגברא רבא היה ולא באיכסי דעלמא לכן מפרשינן דברי השכ״מ כפשוטו יותר דהודה דהשאר שלה כיון דיש הוכחה דלא אמר השאר תטול כמו שאמר על בנותיו או יהא שלה ומפרש הא דלא עשאה אלא אפוטרופס תק״ח כמו שאמרו שויכהו רבנן וכפרש״י בפ״ק דגיטין דף י״ד והוי כספק בתקנה דמעמידין הדין על ד״ת ול״ד לבעיא בבריא האיך דהתם הנכסים מוקמוכין בחזקת מ״ק ומשא״כ הכא אם הוי הודאה ליכא חמ״ק

כן י״ל בדברי רה״ג לך לשון המחבר הוי מתנה גמורה לא אפשר לפרש כן רק אם נאמר דס״ל אפילו ידוע דאין לה כל״ב וכ״מ מ״מ כל שכתן באודיתא דכין כאלו הודה באמת כיון דהאי דינא דלא עשאה אלא אפוטרופס הלכתא בלי״ע אין לך בו רק מה שאמרו בפירוש שכתב לה במתנה ולא באודיתא דגילה דעתו דרוצה שיהא דינה כאלו השאר שלה מכבר דלא הפקיעו חכז״ל מונה ליורשים וברמב״ם פ״ט מה״ז ס״ט שכ״מ שהודה שיש לפלוני אללו כך וכך תנהו לו חלר פלוני של פלוני הוא הודאתו הודאה עיי״ש הרי אם אמר של פלוני הוא הוי הודאה וה״כ אם אמר שלה הוא ונראה מה שבחלר לא הזכיר הרמב״ם תנהו לו דדוקא בחוב ופקדון מעות וכלים שתחת ידו ל״ל תנהו לו דמחוסר נתינה לכן אם לא אמר תנהו אמרינן שלא להשביע אמר כן אם לא הודה בפניו או דרך הודאה גמורה אבל בחלר ממילא ברשות מרה קיים אל״ל תנהו ועיין בנתיבות ר״ס מ״ס דבשתם אמרינן דהודאה הוא וקונה באודיתא אפילו שניהם מודים דאין חויב לו ואפילו לא אמר א״ע מהני הודאה גמורה להיות קנין ועוד נראה דיש הוכחה דהקנה לה בהודאה מדאמר שלה הוא והרי מתנת שכ״מ אינו חל עד אח״מ ועדיין אינו שלה אע״כ הקנה לה בהודאה דאז אם עומד אינו חוזר כדאיתא בחו״מ סימן רכ״ו שייך שפיר לשון שלה הוא דמעתה שלה הוא.

בחו״מ סימן רמ״ו ס״ח מבואר בהא דעשאה אפוטרופס דדוקא אם אמר תנו אף כתבו ואל״ה גם אפוטרופס אינו דשמא לא גמר להקנות רק בשטר ואין שטר לאח״מ ובסימן ר״כ ס״ז בהג״ה כתב שכ״מ שלוה להיות פלוני אפוטרופס וקנו מידו דבריו קיימין וא״ל יפוי כח ולכאורה הדברים סותרים זא״ז ועומד בזה הב״ח כאן ובכ״מ שם וכן בהגהות רע״ק שם ולע״ד כיון הא דלא עשאו אלא אפוטרפס שויכהו רבנן ומשום הפקר ב״ד כפרש״י בגיטין פ״ק דף י״ד וכ״כ כמ״י בב״ב דרבנן שתרו מתנתו הרי דמד״ת הוה מתנה אלא דחז״ל ראו ותקנו כדי שלא לעקור ירושה דאורייתא לגמרי ולפיכך בשייר כ״ש הוי מתנה וא״כ תינח אם לולא תקנתם הוי נעקר הירושה אבל כשלא ייפה כח דמד״ת גם המתנה בטלה למה יעשו אותה אפוטרופס מה שלא לוה ובפיו אמר לשם מתנה ולא לאפוטרופס ומשא״כ בסימן ר״כ דלוה בפירוש שיהא פלוני אפוטרופס ומה דאמרו לא עשאה אלא אפוטרופס אף דלא לוה משום דלא לעקור להדיא לוואתו אמרו לא עשאה אלא אפוטרופס לכן כשיש הוכחה או בירר דלמתנה גמורה מלווה הוי מתנה.

סימן ק״ח

שאין אדם מקנה דבר שלא בא לרשותו לפי ה״ט נוטלת חלק בהלואות בע״פ דשכ״מ שאמר הלואתי לפלוני מהני כיון דישנו בבריא במעמ״ש כדאיתא בב״ב דף קמ״ח אך רשב״ם דף קכ״ה כתב עוד טעם דאין אדם מעלה ע״ד דבר הראוי לו לבא אלא להקנותו אלא לדבר שהוא מוחזק בו לפ״ז מלוה הוי רק ראוי כדאיתא בחו״מ סימן רע״ח ואפשר שא״ה דילפינן מכל אשר ימלא אבל כאן דעתו של אדם ודאי על מה שחייבים לו ג״כ דמלפה שיגבה אותם ורוב מסחרי אדם בהקפות והלוואות וכן נראה ודהסמיע המחבר טעמו של רשב״ם משמע דלא כ״מ לדינא

לדינא דאל"ב הנ"ל ידה עה"ת דבניו ומוחזקים יותר איברא דמשמעות לשון השב"ס אינו כן אלא דצריך שיהא מוחזק ממש.

ס"א בהג"ה היה ספק עמ"ש בערך ש"י סי' סמ"ך ק"ו ובהפלאה כאן כתב דבבריא ליכא חנ"ק אך רמ"א כאן קאי בין על שכיב בין על בריא דהגיה ברים הסעיף וכ"ל דזה הביא כאן מהכמ"י וריטב"א והם כתבו בפרק המוכר דף ל"ח דספק ויבם בנכסי סבא דיבם ודאי ואין ספק מוציא מידי וודאי משום דיבם יש לו תרתי למעליותא דהוא ודאי יורש ויש לו ודאי חלק בנכסים עיי"ש ולכן ה"כ דאמר תטול כאחד מהבנים לעולם יש חלק לבנים ודאי וגם ודאי יורשים משא"כ הא דחו"מ ס"ס ר"כ דכתן מטלטליו כולם לאחר ואם אלו מטלטלין היו לו בשעת המתנה אין לבניו שום חלק בהם לכן סמכינן על חזקת נכסי"ה שו"ר במהרי"ט ח"א סימן קכ"ח מחלק כעין שכתבתי.

בישועות יעקב סק"א הקשה על ר"ה שבתוס' ר"פ אע"פ דאדם יכול לחייב א"ע דשלב"ל ומ"ש פרק ע"י דפריך יכיר למ"ל הא איבעי למיהב לו במתנה מי לא יהיב לו ומשני בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן הניחא לרבנן דס"ל א"א מדש"ל אלא לר"מ מה"ל ואם איתא גם לרבנן קשה דהא יכול לחייב את גופו דשלב"ל ואח"כ ומלא קושיא זו בנכה"ג ולא מלא מענה ותירץ דס"ל לר"א כהרמב"ם דא"י לחייב בדש"ק ולכן לדידן דלא פסקינן כרמב"ם ליתא לדברי ר"א את"ד וכ"כ דאין זה מגו מדאמרינן בחז"ה דף כ"א לא ניחא לאינש למשוייה נפשיה עבד לוה לאיש מלוה לפיכך כשלוה מן האשה אמרינן לגלויי זוזי מיכוין וכ"ל שה"ה דמתחייב בחנם לא חשוב עבד לוה דהא התם נמי כיון דזוזי של אשתו שלו הוא הכי מתחייב לה בחנם ומ"מ אמרינן לא ניחא לו למשוויה נפשו עבד לוה לאיש מלוה מתילא אין זה מגו ואפילו למאי דמסיק התם בפרק ע"י דגם לר"מ צריך יכיר לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס מ"מ י"ל גם בזה לא ניחא לו למשוייה נפשו עבד לוה לאיש מלוה ועוד דליכא למימר מגו דיכול לחייב עלמו איזה סכום דשמא אינו רוצה רק לומר שהוא בכור ליטול פ"ש במה שיהא לו אלא ל"ל שיחייב עלמו ממה שיפול לו כשיהא גוסס ואז יחול החיוב דקודם שנפל לו אין עליו שום חיוב א"כ י"ל כמו דאמר שם לר"מ אף דס"ל אדם מקנה דשלב"ל מ"מ א"י להקנות מה שיפול לו כשהוא גוסס כיון דכשהוא גוסס א"י להקנות דא"י לדבר ה"כ חיוב לרבנן א"י להתחייב במה שיפול לו כשהוא גוסס כיון דאז א"י להתחייב וכ"כ כתיבות בסימן סמ"ך ס"ו דלא עדיף חיוב לרבנן מהקנאה לר"מ.

סימן ק"ט

ס"ד ואם אמר מלבושיה בשו"ת ל"ל ק"ג השיב אם בשטר כתובה מבואר שתקח כל מלבושיה השייכים לגופה יתר על סך כתובתה וכשמת כמלא בעזבונו עשרה אמות משי שקנה כדי לעשות לאשתו מלבוש דנוטלת אותן דמיד שקנה אף דלא נעשה עדיין המלבוש הקנה לה ואף דבשעת כתיבת הכתובה לא היו ברשותו מ"מ מדינא הנ"ל דקנתה רק מחמת אומדנא דאדעתא למשקל ומיפק לא אקני לה כדאיתא בכתובות דף נ"ד אבל זאת הרי גילה דעתו דאקני לה אפילו למשקל ומיפק אל"ל דקנתה מחמת שכתב לה בכתובה אלא דאהכי לבטל האומדנא את"ד וסברא זאת דאהכי לבטל האומדנא כתב ג"כ הגובת"ת סי' ק' והשבו"י ח"א סימן קע"א השיג על הנ"ל דבלשון בני אדם לא נקרא מלבוש אא"כ שכבר נעשה ומוכן ללבוש עיי"ש ולדעתי דבר פשוט כזה לא נעלם מהנ"ל אלא כיון דגילה דעתו בכתובה דגם אדעתא למשקל ומיפק מקנה לה מלבושה א"כ כשקנה המשי כדי לעשות לה מלבוש וכשיהא מלבוש תשקל ותיפק א"כ בשעת קנין המשי ליכא האומדנא לומר דלא הקנה לה ע"ד למשקל ומיפק א"כ קנתה מיד שקנה המשי.

אמנם מה שנלע"ע דתינח אם כיוא דבכתובה היה כונתו גם על מה שיקנה לה אח"כ תשקל ותיפק אלא דמדינא לא מהני בדשלב"ל שפיר י"ל דמ"מ גילה דעתו דמה שיקנה לה אח"כ יהא אדעתא דתטול ותלא ואז קנתה בשעה שקנה המשי דקנה נשמה אבל לפימ"ש השב"ס בפ"כ דף קכ"ח ע"ב אהא דאמר שתטול אשתו כאחד מבניו דאכן לה בנכסים שקנה אח"כ דאפילו למ"ד אדם מקנה דשלב"ל ה"מ במפרש אבל בסתמא אין אדם מעלה על דעתו דבר שראוי לו לבא להקנותו אלא לדבר שהוא מוחזק בו ממילא ליכא גלוי דעת רק על מלבושין של שעת כתיבת הכתובה דאלו מקנה לה גם למשקל ומיפק ומכלע דבשעת הנשואין כותב כן משום דמכרחת אותו או משום חיבת חופה אבל מה שעושה לה אח"כ עושה רק להתנאות בפניו ולא אקני לה על דעת למשקל ומיפק ולפ"ז גם אם הפסק דאיתא בחו"מ סימן ר"ע ס"ד דמהני בדשלב"ל לא מהני בזה דדוקא אם הקנה בפירוש הדשלב"ל מהני.

ונראה מה דהכריחו לרשב"ס לזה הטעם לכאורה י"ל משום דבעל המימרא רבא הוא דאמר דאינה נוטלת בנכסים הבאים לאחר מיכן ורבא קאמר בפ"ק דב"מ דף ט"ז ע"ב אהא דאמר רב שדה שאני לוקח קנויה לך לכשאקחנה קנה ואמר רבא מסתברא מלתא דרב בשדה סתם וה"כ הוי כשדה סתם אך לפרש"י שם דקמ"ל דעת המקבל שיקנה הנותן כיון דמלוי לקנות לא שייך ה"ט רק כשאמר הנותן שדעתו לקנות שדה לכן נראה משום דבפמ"ם דף קמ"ח אמר רבא אר"כ הלואתי לפלוני קנה במתנת שכ"מ ואמר ר"פ הטעם הואיל ויורש יורשה ופירשב"ס דמיירי במע"פ והרי מע"פ אינו ברשותו קודם שגבאו א"כ ה"כ למה לא תקנה האשה במתנת שכ"מ נכסים אח"כ ותקשי לר"ה עכל"ל משום דבסתמא אין אדם מעלה ע"ד מה שיבא אח"כ להקנותו ובדריבת אחרי סימן ק"ח סק"א הקשה על הב"י למה השמיט טעם זה ואם משום דקי"ל אין אדם מקנה דשלב"ל א"ל לטעם זה למה כתבו הרשב"ס ועיי"ש שכתב רשב"ס לשיטתו הוכרח לטעם זה נמי משום דס"ל דאם כולל בדיבור אחד לא קנה גם הדשב"ל עיי"ש ועדיין אינו מיושב לגמרי דא"כ למה כתב תחלה משום דאין אדם מקנה דשלב"ל ולפימ"ש א"ש דהוכרח לטעם בני דלא תקשי לר"פ וטעם ראשון כתב לפי מאי דקי"ל כר"א בריש דר"א דשכ"מ שאמר הלואתי לפלוני קנה משום דאיתא בבריא במעמ"ם דלפ"ז גם דשא"ב א"י להקנות ולכן דקי"ל כהך טעמא דר"א בריה דרב הוקא כמ"ש כמ"י והב"י בחו"מ סימן רכ"ג סל"ה א"ל לטעם שני דרשב"ס לכן השמיטו הב"י ויהא אך שיהא לא מלינו חולק ארשב"ס ממילא ה"כ אם כתב לאשתו שתטול מלבושים שלה יתר על כתובתה אפילו כשמת בעלה נשאר מלבושים עשוים וכבר לבשתם אם לא היו בשעת כתובה אינה נוטלתן אא"כ פירש אפילו מה שיקנה לה אח"כ ואז אפילו נשאר רק משי וכדומה

שקנה לבמה ועדיין לא נעשו הן שלה ולכאורה י"ל דלא אמר הרשב"ס רק בשכ"מ כיון דמחלק כל נכסיו מחמת מיתה אינו מעלה ע"ד שיקנה עוד נכסים לפעמ"ש דהוכרח לזה כדי שלא יקשה על ר"ש דאליביה ס"ל לרבא דשכ"מ יכול ליתן גם דבר שאינו ברשותו אבל לא משמע הכי לשון רשב"ס שכתב אין אדם מעלה ע"ד דבר הראוי לו להקנותו אלא בדבר שהוא מוחזק בו דמדלא אמר אין שכ"מ מעלה ע"ד וגם כתב דבר הראוי לו משמע אפילו ראוי לו לבא כגון מהמת ירושה וגביית חוב וכה"ג מ"מ אינו מעלה על דעתו להקנות רק בדבר שהוא מוחזק בו וא"כ לא טוב מזה בכותב לאשתו שתטול מלבושיה אף דדרך לעשות לה בגדי שבת ויו"ט מ"מ אין מוחזק בהן.

סימן ק'

ס"א ובלבד שיהא מכירה כתבו החמ"ח וב"ש שיכיר האשה ובעלה ותו ל"ח במה יש עוד אים ואשתו כשם אלו וכתב השפלאה בסימן זה דבלא"ה כה"ג ליכא חשש דהא לא יוכל בעל השני להוציא השובר כדין שני יוב"ש וכ"מ מזה דאם אין כותבין שם הבעל בשובר אלא כותבין סתם קבלתי מבעלי א"ל להזכיר שם הבעל דאם יש עוד אשה שבמה כשמה לא יוכל הבעל להוציא עליה כיון שאין מוכח בשובר הדר הוי כשני יוב"ש דאין מוציאין שובר עליהם ולפ"ז י"ל דלכך כתב הש"ע סתם והוא שיהא מכירה לבד דהיינו בכה"ג שלא יזכרו בו שם בעלה כלל דאז אין הבם כלל את"ד והם דברים תמוהין דלא אתמר כך שט"ח אין מוציאין על אחד משני יוב"ש דכל אחד כיון שמוחזק י"ל אני איני לוה שלך משא"כ כשמוליא הלוה שובר על שטר של יוב"ש ויש עוד יוב"ש בעיר הלוה פטור ומבואר להדיא כן בב"ב דף קע"ג ובחו"מ סי' מ"ט.

סימן ק"א

ס"א מתנאי הכתובה בירושלמי פרק מי שהיה נשוי ה"ב היה שם בכור את אמר הבכור נוטל פי שנים ומהו נוטל פ"ש בכהו או פ"ש בכל האחים תני ר' הושעיה היו שם שתי נשים כולהן הולקת בשוה היה שם בכור את אמר הבכור נוטל פ"ש ומהו נוטל פ"ש בכהו או פ"ש בכל ופרשו הבעיא אם בכור נוטל פ"ש רק בכתובת ב"ד מאמו או פ"ש בכל העזבון אם היה לו שתי נשים והיה להן בנים ומה שחזר לומר הבעיא לא מלאו ומענה גם הב"מ שפירש הבעיא לא מלא ישוב לזה והלב"מ כתב כיון דכתב הרמב"ן בהשגותיו על ספר המלות לרמב"ם דאם מגרע חלק הבכורה עובר בלאו דלא יוכל לבכר והאי דלא היה כלל תקנת כתובת ב"ד לגרע חלק בכורה והרי אם רולה להתנות עליה בשעת נשואין שלא יקחו בניה כב"ד היה תנאו קיים וכדלקמן סע"ז א"כ הוי כאלו הוא רולה בתנאי כב"ד להעביר חלק בכורה וא"כ עובר בלאו דלא יוכל לבכר ואיך יתקנו רבנן לעבור בלאו את"ד וא"כ קשה על הירושלמי דמספ"ל.

והנלע"ד דהנה בפרק הזהב דף ב"א פליגי רו"ש באומר ע"מ שאין לך עלי אונאה וס"ל לרב כיון דלא ידע דמחיל יש לו עליו אונאה ושמואל ס"ל כיון דלאו ודאי דעקר מועיל התנאי וכתב הרא"ש דהלכתא כרב וכ"פ ר"ח ורב אחאי אף דבממון הלכה כשמואל הכא פליגי בלכתחלה אם מותר להתנות כן ולמפטר מאונה דיש איסור דלא תונו עיי"ש והכא נשים לו בכור ונושא עוד אשה וכותב לה כב"ד אם כאמר דמגרע בזה חלק הבכור דאינו נוטל מכל העזבון פ"ש ומתנה עמש"ב ועובר בלאו אך דלאו ודאי עקר דשמא ימות הבעל קודם וליכא כב"ד ומותר להתנות כקברת שמואל לכן גם חכז"ל יכולין לתקן תנאי זה בשעת נשואין דעדיין לאו ודאי עקר לכן מספ"ל לירושלמי דאפשר כקברת רב דאפי' היכא דלאו ודאי עקר אסור ולא תקנו חכז"ל דכיון דספק דאורייתא לחומרא ל"ש בין ודאי עקר או לא והנה בירושלמי ר"פ האשה בתרא אהא דילא בעלה וחמותה למדה"י וילאה מעוברת דק"ל לרבנן דאסורה להנשא ור"י ס"ל דמותרת קאמר הירושלמי דטעמייהו דרבנן דספק אחד הוא ספק זכר ספק נקבה ומדבר תורה להחמיר ור"י ס"ל דיש עוד ספק אינו בן קיימא שתי ספקות מדברי תורה להקל עיי"ש וי"ל גם רבנן מודו דס"ס להקל אלא כיון דרוב נשים יולדת בן קיימא אינו כחשב לספק והנה לכאורה כאן בשעת נשואין אם עדיין אין לו בכור שמא לא יהא לו בכור וגם שמא לא ישאר אחריו קרקע דאין כב"ד רק ממקרקעי אך כיון דאם יש לו בכור וגם יש לו בשעת נשואין קרקע כיון דאין רגילות למכור קרקע כמ"ש תוספת בב"מ פא"כ דף ק"ו ע"ב דבר שאינו רגיל אינו נכנס בכלל ספק כדאיתא בכללי ס"ס ממילא בזו לא תקנו רבנן כב"ד וממילא גם כשאין לו בכור עדיין ואין לו קרקע לא פלוג רבנן כדאיתא בפרק כ"ס דף כ"ב והל"ל לעולם בכור נוטל פ"ש בכל העזבון אך לפי מה דתני ר' הושעיה היו לו שתי כתי בנות כולן חולקת בשוה א"כ נוסף עוד ספק אף דרוב נשים מתעברות ויולדות בן קיימא מ"מ שמא תלד בנות לבד ושמא לא תמות בחייו א"כ י"ל דלכ"ע בכה"ג מותר להתנות דלאו ודאי עקר כיון דיש ס"ס טובה ואף דיבורר לבסוף מ"מ גם בכה"ג ס"ס מותר כהך דפרק האשה בתרא דג"כ אפשר יתברר לבסוף אם ילדה חמותה בן לכן הדר אמר הירושלמי הבעיא דאפילו את"ל לולא הך דר' הושעיה בכור נוטל פ"ש בכל העזבון מ"מ לפי מה דתני ר' הושעיה נוסף עוד ספק טוב בשעת נשואין ומותר להתנות על כב"ד וגם רבנן יכולים לעשות תנאי ב"ד ולא לחוש שמא יגרע חלק בכורה ממילא כיון דחל התנאי חל אף דנתברר לבסוף כמו לשמואל בע"מ שאין לך עלי אונאה והכא דיש ס"ס אפשר גם רב מודה.

שו"ר בגמהר"א ששון סימן ק"ד הביא תשובת הרא"ש ריש כלל ל"ג שהשיב על שנשאל על מה שנוהגין לכתוב בהכתובה ע"מ שלא ישא אשה אחרת עליה והרי הוא מתנה עמש"ב שמא תמלא איילונית ומלווה על פו"ר והשיב דלא הוי מתנה עמש"ב דאינו ודאי עוקר דשמא תולד ושמא יגרשנה והקשה מהרא"ש הא בע"מ שאין לך עלי אונאה דג"כ אינו ודאי עוקר ופסקו הפוסקים כרב דיש לו עליו אונאה ותירץ דשאני אונאה דאינו רק ספק אחד משא"כ בע"מ שלא ישא אחרת יש ס"ס שמא תלד ושמא יגרשנה את"ד הרי דס"ס מהני וגם מותר להתנות לכתחלה דהא הרא"ש השיב על מה שנוהגין ואם היה איסור לכתחלה איך חזו רבנן ולא מיחו לכתוב כן בכל הכתובות.

והגם די"ל קושית מהרא"ש בלא"ה דבע"מ שאין לך עלי אונאה אם נודע א"כ שנתאנה אגלאי למפרע דודאי עקר ולא היה רק חסרון ידיעה ואפשר להתברר מיד ע"י תגר משא"כ בשמא תלד דהספק בשעת מעשה ספק טוב ואף דהשואל שאל שמא תמלא איילנות

איילונית וזה לפעמים אפשר להכיר מיד וגם אח"כ נודע למפרע מ"מ הא השיב הרא"ש דאם תמצא איילונית בלא"ה הוי מק"ע אלא יש לחוש שמא לא תלד עשר שנים מ"מ נראה מדברי הרא"ש דגם על שאלת השואל שמא תמצא איילונית השיב כן דלאו ודאי עקר.

והנה גם דלא"ה ודאי עקר אפילו יש לו בכור וקרקעות בשעת נשואי השנית דשמא ימות הבכור ולא ישאר לו יורש או לדעת רמב"ן דלאו דלא יוכל לבכר דוקא על בן הבכור בחיו ולא על יורשי הבכור וכן בקרקעות שמא ימכרם הנה מיתה לא שכיח כדאיתא בירושלמי ובבבלי בפרק מ"ת דנדרים וביו"ד סימן רכ"ח ומכירה לא שכיח כדאיתא ר"פ הכותב דף פ"ג ע"ב דמכירה בנכסי אביה לא שכיח משום שבח בית אביה וה"נ ה"ע שייך גם בבעל אם בשעת נשואין יש לו נחלת אבות ומה דאמר בפרק [illegible] היינו [illegible] ריטב"א ולקמן שם ובלא"ה כתבתי לעיל דאין אדם [illegible] קרקע כמ"ש התוספת לכן לא חשב [illegible] זה [illegible]

ותשו' [illegible] לענין ודאי לא עקר דדוקא כגון [illegible] שאין לך עלי' אונאה ומשא"כ כגון זה יש לו בכור וקרקעות דלפי זה שתלוי לפנינו הוי התנאי שלא ימות הבכור פ"ש ודאי עקר כיון שהוא בשב ואל תעשה שלא ימות הבכור ולא ימכור הקרקעות [illegible] ק"א דאם נדר ע"ת אם [illegible] בשעת [illegible] קרקן בו [illegible] אנוס ופטור דהלות הנדר רק בשעת עשיה ומשא"כ בתנאי אם לא יעשה דאינו מחוסר מעשה אל הנדר בשעה שנדר וכן לענין ברירה מחלק בתוספת אליה קי' ל"ג דבשוא"ת אמרינן יש ברירה דהוברר למפרע ודאי א"כ י"ל דבכה"ג חשוב ודאי עקר ואף דבאונאה הרי נתברר למפרע דהיה אונאה בשעת התנאי וכה"ג יש ברירה כדאיתא בערובין פ"ג וכבר בא חכם י"ל מש"ע ק"ל לרב דלא תשני התנאי כיון דנתברר למפרע חשוב ודאי עקר וגם ירושלמי בפרק הזהב הביא רק דברי רב דהוה מתנה עמש"ב משא"כ דבר התלוי בקיום ד"ת במה שיעשה אח"כ אינו חשוב ודאי עקר כדאי' בפרק המגרש דף פ"ד ע"ב באתכל בשר חזיר דלא הוה מתנה עמש"ב דלאו ודאי עקר דלא תיכול ולא תתגרש וה"כ שמא לא תלד בנים רק בנות דאף דרוב מתעברין ויולדות מ"מ חשבינן מחצה זכרים ומחצה נקבות כדאיתא ר"פ האשה בתרא ואין להקשות על זה מתשובות הרא"ש הנ"ל דאמר דלאו ודאי עקר דבידו לגרשה והרי כשאינו מגרשה הוי שוא"ת דשאני התם כשאשכנה לא תלד מחויב לגרשה ובידו לקיים המצוה וכל שבידו ומצוה לאו כמחוסר מעשה כמ"ש תוספת בפ"ג דזבחים דף ל"ד ע"ב בד"ה כל שבידו וספק שמא תלד אף דאם לא תלד הוי שוא"ת שאני דרוב נשים יולדות ועכ"פ אאת"ל דכל זה כמי לאו ודאי עקר מ"מ פשוט יותר האי ספק דשמא תלד נקבות דמשום זה לאו ודאי עקר לכן הדר בעי אחר שהביא הא דרי' הושעיה.

ס"ן אע"פ שיש עליו שט"ח כנגד המותר ב"ת תמה לדברי הרא"ש דיהיב טעמא להכי כי ליכא מותר דינר לא נעשה פרעון החוב במקום המותר משום דאזלינן בתר שעת מיתה ובע"ח מכאן ולהבא גובה והוי כמועטין ונתרבו א"כ למה לו טעמא דבע"ח וכתובה דפרעון החוב נעשה מותר משום דמקיימין מצות פריעת בע"ח תיפוק לו דהא כבר זכו היורשין דגדולה דהא היה שם מותר דינר ובע"ח וכתובה מכאן ולהבא גובה וה"ל כמרובין ונתמעטו אח"ד וכ"ל לפמ"ש מהר"ק בכתב פ"ע דחוב הוי דבר שברשותי דעומד לגבות אף דקי"ל אם אקדים מלוה קרקע של לוה אינו הקדש משום דמלי לסלוקי בזוזי דבע"ח מכאן ולהבא גובה ה"ד בקרקע פרטי דיכול לסלוקי ומקרקע זה לא חשיב ברשות מלוה אבל החוב בכללו דע"כ עומד לגבות חשוב מיקרי ברשות מלוה עיי"ש ונראה דהכא נ"ל כן לענין מותר דינר כשליכא מותר רק [illegible] חוב לפרוע נומר כיון דעומד ליפרע ליחשב בשעת מיתה כאלו פרעו וקיימו המצוה דפרעון חוב מצוה ויש נחלה דאורייתא דהא קי"ל אין ברירה לאומלא וכיוה אנפי אפשר שלא יפרעו דהא אם אחר יפרע קי"ל הפורע חובו של חברו אין צריך הלוה להחזיר לו ומשום די"ל מפייסנא הייתא לו כדאיתא בחו"מ סי' קכ"ח וכן אם לא יתבע המלוה פטורין מלפרוע כמ"ש הב"ג והובא בש"ך חו"מ סימן רנ"ב סק"ב או אם בעלמא יפייסהו ומהר"ק בכתב דהחוב בכללו הוי ברשות מלוה משום דביד המלוה שיגבה החוב ואם יפרענו אחר ג"כ גובה וכל שבידו הוי ברשותו אבל בשיש מותר דינר על הכתובות ב"ד רק שיש בע"ח וכתובה הרי מ"מ אם לא יפרעו החובות הרי יש מותר דינר ואם יפרעו יקיימו המצוה והוי נחלה ול"ל דאין ברירה לומר הוברר למפרע דשמא לא יפרעו דא"כ הרי היה מותר דינר בשעת מיתה ואם הוברר למפרע מה שיפרעו הרי קיימו המצוה והוי נחלה למפרע אבל לולא טעם דבפרעון מקיימו מצוה ל"ל במותר דינר דיש נחלה בשעת מיתה דמכאן ולהבא גובה דהא החוב בכללו ע"כ עומד להפרע ושמא יש ברירה וכשיפרעו ניתא הוברר למפרע דלא נשאר מותר דינר.

ס"ח בנים קודמין כתב ב"ש דאם הניח בכור נוטל חלק בכורתו מכל האחים הנה דבר זה בעיא דלא כפשטה בירושלמי וכתב ב"מ דלפ"ז ראוי לומר דהבכור יעה"ת דחשוב מוציא אלא דספק תקנה אינו מוציא מודאי ד"ת עיי"ש ול"ב לפמ"ש פרח מט"ה הובא בפ"ת ח"מ סימן ה"י דספק בתקנת של חכמי תלמוד ד"ת נקרא וכל מה שהוא ספק בתקנתם הו"ל כמו ספק בדין והמוע"ה וכ"כ בתשובת נא"ד סימן ל"א ועו"ק דמקיים הריא"ז בפ"ג דכן כתלא בתלמוד א"י והלא שם לא כפשטה הבעיא ונראה דס"ל לריא"ז דכפשט הבעיא דקשה לו מה הוסיף בזה שאחר שהביא דתני היו שתי כתי בנות כולן חולקת בשוה הדר מביא הבעיא לענין בכור לכן ס"ל דהפירוש הכי דבעי אם דוקא נגד פשוטין תקנו כב"ד משום דקי"ל כר"י בב"ק דאם אמר על מי שראוי ליורשו דיטול יותר מהני וכדאיתא בפ"כ דף קל"א דאר"כ שכיתב ושנתכסם כר"י בן ברוקא וכמ"ש תוס' שם ע"ב דהכי מסקנא דאפילו בבריא אמר ר"י בב"ק לכן תקנו יורשת כב"ד אבל נגד בכור דלא מלי להנחיל לפשוטין חלק בכורה לא תקנו או גם כה"ג תקנו ופשיט לו כיון דתני בשתי כתי בנות לא תקנו אף דיורשת הן כיון דבנות במקום בן אינה יורשת וכנחלה שוייה רבנן לכן משום לא פלוג לא כלו לתקן גם בשתי כתי בנות כדאיתא בפרק נ"ם הרי דכל כך חשו חכמים דלא יבואו לומר גם לבת בין הבנים יש לה כתובת אמה מכ"ש בפשוטין נגד בכור לא תקנו לגרע זכות הבכור ובעיא שניה בלשון בתמיה הוא.

ובקהלת

ובקהלת יעקב הניח בל"ע דין זה דבב"ב דף קל"א אמרינן לרבנן דס"ל אפילו בן בין הבנים אינו יכול להורים ומקשה ומהא דירתון תנן ומשני משום דהיא לזה במתנה ולזה בירושה דבחד ב"ד תקנו ביחד כתובת בנ"ד ומזונות הבנות ולפ"ז גם בבכור מהני דהא במתנה לזה ובירושה לזה מהני גם בבכור לריב"ב כמו לרבנן לבן בין הבנים את"ד ואין זה קושיא על ריא"ז דהא ר"ח וכמה גאונים והרז"ה ס"ל דמסקנא דש"ס דבתרי ב"ד תקנו וכפשט דש"ס גם בבריא אמר ריב"ב דיכול להורים לבן בין הבנים וכ"ש לפמ"ש דס"ל לריא"ז דבירושלמי כפשט הבעיא דבכור נוטל פ"ש בכל האחים וכיון דבבבלי אינו מוכרח אזלינן בתר פשיטות דירושלמי אך לדידן דנפסק בחו"מ סימן רפ"א דבריא א"י להורים לבן בין הבנים ומשום דהרי"ף ורמב"ם ור"ה ס"ל דהוי ספק כדאמר בש"ס דלמא בתרי ב"ד תקנו הרי דאספ"ל לש"ס ממילא לענין בכור הוי כמו ספק דאם בתרי ב"ד תקנו לא הוי לזה במתנה ולזה ירושה עכצ"ל כיון דהוה ספק בתקנה א"י להוציא מד"ת דבכור נוטל פ"ש ומוכח דגם בתקנת הכנוי תלמוד אמרינן הכי.

סי"ג אינו טורף מנכסים משועבדים בפרק אע"פ איתא בני מתא מחסיא אמרי דטורף משום דיקבון תנן והלכתא דאינו טורף דירתון תנן והקשה בא"מ לפמ"ש בח"ר בגיטין דף מ"ח אהא דאמר עולא בטעמא דאין מוציאין לאכילת פירות לפי שאין כתובין אע"פ שכתב מוכר ללוקח אלא איקוס וכו' לפי שאינן עדיין בעולם ושמא לא יהיו פירות אין קול יוצא עליהן וא"כ אפילו יקבון תנן אמאי טרפי ממשעבדי הא לא ידעינן בשעת נשואין אם תלד זכרים את"ד וכ"ל שאני פירות דבשעת מכירה אין ידוע ואין קול יוצא לא חל השעבוד לכן גם אח"כ כשיש פירות תו לא חל משא"כ הכא בשעת נשואין בלא"ה חל השעבוד על הכתובה להאשה ומפרש לפמ"ש במרדכי פ"ק דב"מ דתכף משעת נשואין יש להאשה כתובה ודאי אלא כשמתה בחייו יורשה וא"כ כשמתה בחייו דכבר יש לה בנים לא נסתלק השעבוד דכבר חל בשעת נשואין ועתה הבנים ישנן בעולם.

ועוד דבשלמא לענין פירות הוה רק ספק אחד משא"כ בכתובה יש ס"ס שמא ימות הבעל קודם או יגרשה ואת"ל האשה תמות בחייו שמא ישאר ממנה בנים וכל ס"ס חשבינן לודאי מדמתירין איסור תורה ע"י ס"ס וא"כ קול יוצא וה"ל ללקוחות להזהר ולא ליקח נכסים המשועבדין לכתובה.

סי"ד דכתבינן מטלטלי אג"ק גם כנ"ד ניגבת ממטלטלין זה מדברי ריב"ש דתנאי כתובה ככתובה והקשו ב"מ והאחרונים מה יועיל שעבודו בזה להבנים שיולד שהרי עיקר כנ"ד לולא תנאי ב"ד לא היה אפשר בהוא לדבר שלא ב"ל כמבואר בב"ב דף קל"א וא"כ שעבודו במטלטלין דאינו מתנאי ב"ד ומ"ש דתנאי כתובה ככתובה אינו ענין לזה דהא השעבוד אגב אינו מתנאי ב"ד כ"א מדעתו את"ד וא"י קושייתו דהא איתא בר"ם זה דאף התוספת בכלל וכן מבואר בש"ס וא"כ כך לי אם הוסיף לה איזה סך מדעתו או הוסיף לה שגם א"ל יהא לו קרקע כדי כל הכתובה תגבה ממטלטלין זה וזה הוספה הוא.

סימן קי"ב

מתנאי כתובה שתהיינה הבנות ניזונות מתשב"ן ח"ב סימן קל"ח הביא מפירוש ר' יונתן הכהן ז"ל להלכות בפרק מציאת האשה כתב ומצאתי לגאון בתשובה שהאשה שנתגרשה אין בנותיה ניזונות משום תנאי כתובה והרי נמחל כיון שנתגרשה והכי מוכח בגמרא פרק הכותב ובירושלמי והביאו האב"מ ותמה דאדרבה מוכח להיפך שם דף ק"ב ע"ב דפריך הש"ס מי לא עסקינן דהוו בשעת קנין וה"ד כגון דגרשה ואהדרה אלא איסי דליתא בתנאי ב"ד מהני לה קנין בנות דאיתנהו בתנאי ב"ד ל"מ להו קנין מיגרע גרעי וכו' עיי"ש ולאמור הכותב חלילה על גאון דמייתי ראיה לסתור כ"ל דהב"מ בפי"ב ממכירה הביא ראיה להרמב"ם דא"י להתחייב בדשא"ק מדלא אמר דקנו ממני אחר שילדו הבנות ומה נ"ל שנתגרשה ועיי"ש וא"כ אכן דקי"ל דיכול להתחייב בדשא"ק הק"ל ונראה לפמ"ש הג"א בפ"ב אם אמר הכי מודה לך בקנין בפני עדים שאני חייב לך לא ידענא על מה יחול הקנין הואיל ואין מקנה לו עתה שום דבר ואינו מתחייב בזה הקנין יותר ממה שהיה חייב לו בראשונה אינו אלא קנין דברים בעלמא עכ"ל והובא בב"י וב"ח חו"מ סי' ל"ט ונבדק הבית הקשה דנוטל קנין על שעבוד נכסיו שמקנה לנכסיו לשעבדם וכ"ל לפמ"ש הריטב"א בקידושין דף י"ג דלמ"ד שלי"ד אפילו שיעבד נכסיו בפירש בשטר או בקנין של"ד משום דאינו רק קנין לחלאין דשעבוד רק קנין לחלאין והובא בקנו"ה סימן ל"ט עיי"ש דלמ"ד שעבודא דאורייתא משום דכיון דחייב ממילא חל הקנין שעבוד אבל הלוה א"י להקנות קנין לחלאין ועוד כ"ל דשעבוד יש בו משום אסמכתא דאינו רק על הספק אם לא יפרע לו או ישאר לו בני חרי אבל בשעה דמחייב עצמו ליתן לחברו חל החיוב על גופו בודאי וממילא נשתעבדו נכסיו בין למ"ד שעבודא דאורייתא בין מתק"ח והא דמהני קנין או שטר בשעת הלואה אף דחיוב גופו בלאו השטר וקנין נ"ל משום דאל"ה ולא ירצה להלוותו ויש בו נע"ד אלא משום הפסד לקוחות תקנו שלא יטרוף זולת שטר או קנין די"ל קול ולקוחות אפסידו אנפשייהו כדאיתא בב"ב ג"פ אבל אחר ההלואה ליכא משום נע"ד ויהא איך שיהא עכ"פ חזינן דעת הג"א אם החיוב מכבר ל"מ הקנין דלאח"כ לשעבד נכסיו לכן ה"נ לא מהני לתיור בלא נתגרשה והוא קבל קנין אחר שנולדו הבנות דכיון דכבר חייב מתנאי ב"ד אין הקנין בא רק על השעבוד ולא מהני עכצ"ל דנתגרשה וליכא חיוב רק במה שמחייב עצמו מדעתו עתה בשעת הקנין וחל הקנין על חיוב גופו וממילא נשתעבדו נכסיו ושפיר הוכיח הגאון דכשנתגרשה נפטר ממזונות הבנות ומה שאמר הש"ס א"כ בנות דאתנייהו בתנאי ב"ד אינו ר"ל עכשיו כשחזר ונשאה אלא דאתנייהו בתנאי ב"ד בעלמא בלקוחה ראשונה ואדרבה מדויק יותר דאל"כ הל"ל בנות דחייב בתנאי ב"ד אלא הכונה דיש אופן דחייב בתנאי ב"ד ואם דאינו מוזן הטעם הלא גם כשנפרש דאתנייהו עכשיו בתנאי ב"ד א"י סברתו וכדמתמה אטו משום זה מגרע גרע ואדרבה השתא יש לומר כיון דאתנייהו בתנאי ב"ד בלקיחה ראשונה וקנין ל"מ לשעבד נכסיו הן מטעם דעדיין ליתנייהו לבנות הן משום דבלאו הקנין חייב מתנאי ב"ד ואין הקנין בא רק על שעבוד נכסיו ולא מהני תו לא חלקו ול"מ גם קנין בלקיחה שניה דלא ליתי למטעי לומר דקנין מועיל גם בלקיחה ראשונה וחשו חכמים שלא יצא תקלה מתקנתם וכמ"ש הריטב"א בפ"ב דכתובות דף כ"ף ע"א כה"ג דבתקנה יש לחוש יותר שלא יצא תקלה ע"י התקנה דאם לא היה

חייב

חייב מתנאי ב"ד אפשר לא היו טועים לומר דקנין מהני לשלב"ל רק כיון דחייב יטעו לומר כמו דמתחייב לשלב"ל ה"נ משתעבד ע"י קנין כמו דמשתעבד בנקיטה שניה ע"י קנין או כיון דבלא"ה חייב מתנאי ב"ד שנים יותר לקבל קנין דלא אכפת לו כ"כ לענין הנקוחות וכה"ג איתא בש"פ נערה שנתפתה דבת בין הבנות לית לה כב"ד משום דל"פ רבנן בין בת בין הבנות לבת בין שבנים וכתב בחס"ז משום שלא יבואו לטעוי דגם בת בין הבנים יש לה כתובת ב"ד והגמרא דחי זה אטו משום דאתנייהו בתנאי ב"ד מגרע גרע כיון דחשו לטובת הבנות למשות הנאי ב"ד יגרעו זכותן היכא דיש להן מדינא מזונות והא דבת אשתו טורפת מלקוחות דקנו מידו אף דהחיוב באמירה בעלמא דהן הן הדברים הנקנין באמירה היינו דכשמקבל קנין לא תקנו כלל שיהא נקנה באמירה דיגלי דעתו דבאמירה לא ניחא לו דליקני וא"כ החיוב ג"כ ע"י הקנין או משום דאל"ה לא היו רולים להתחתן הוי כקנין בשעת גלולה והא דאמר כיון דאתנהו בתנאי ב"ד אימר לררי אתפסנהו ל"ל שמא קודם שנתגרשה התפיס לררי כמ"ש בישע"ק בקק"ב אף דעדיין לא הגיע הזמן מ"מ בתנאי ב"ד הייסינן כדעת הרבה פוסקים הובאו בב"ש סי' לד"ק ס"ו ס"ק כ"ד ועיין אס"ז בפרק מליאת האשה דף ס"ח ע"ב בשם רה"ג דאם נתגרשה תו אין לבנותיו מזונות וכ"ד רבינו יהונתן לפי מה שהביא התשב"ץ לבונו והב"י לא ראה אותם לכן ל"ע אם לא יכולים היורשים לומר קי"ל ומפרע די"ל אין ספק תקנה מוליא מודאי ד"ת.

בנה"ג בהגה"ע אות ו' הביא דאם נתחסד אחד עמה לזונה יש פלוגתא אם יש לה מזונות מן האחים ונוב"ת. סי' ל"ה כתב דאם העזבון תחת יד שליש כיון דספק הוא אם מגיע הכל לבת יחלוקי הבנים עם הבת והובא בפ"ת ולע"ד כיון דבנים ודאי יורשים מד"ת והבת ספק אם זוכה מתק"ח אין ספק תקנה מוליא מידי ודאי ד"ת לא מבעיא בקרקע דלא שייך בה תפיסה אלא אפילו במטלטלין והבת תפסה נמי ל"ע אבל מוכח ת"י שליש יש לפסוק הכל לבנים וכבר כתבתי לעיל בס' שלפ"ז דדעת הב"ש גם בק"ח דגם ספק בתקנת הגמרא אינו מוליא מודאי ד"ת וכ"ד רסד"ס בחלק אה"ע בסימן קפ"א וסי' קנ"א ועיין תנ"ע פכ"א מה"ת וב"ת כאן ק"ה.

והנה הנו"ב כתב דזה תליא בפלוגתא שבין רש"י ושיטתיה ובין הרי"ף בפרק כ"ם דף כ"ג ע"ב בהא דארוסה דלרש"י הטעם דארוסה לית לה מזוני מן האחים משום דהאחים ודאי יורשין עיי"ש ואינו מוכרח דבשלמא כשאינה ארוסה י"ל נ"פ בין לית לה בין אית לה מזוני כמו דלא חלקו בין עשירה שנפל לה ירושה מאבי אמה וכדומה או מע"י מספיקין לה משא"כ בין ארוסה לשאינה ארוסה אין לומר ל"פ כמ"ש הר"ן בר"פ שואל בהא דאין רואין במראה בשבת שהבוו מלותיהם במין אחד אבל להחמיר במין אחר אבו אותו המין שראוי לחשבו לא מחמירין תדע דהא אמרינן בפ"ק דאם אדם חשוב הוא מותר ולא גזרינן משום אינו חשוב ובשמן כמי חלקו בין משחא לדכפטא ולא גזרו זה מפני זה הלכך נקטינן דמראה שאינה של מתכת בין קבועה בין אינה קבועה שרי ומראה של מתכת אפילו קבועה אסורה עכ"ל והובא בי"ת אות ש"ם וא"כ ה"נ ל"ל ל"פ ארוסה מפני שאינה ארוסה ואף דהב"א י"מ שם משלא"ת פ"ג מהל' יו"ט דלא אמרינן משום שנאסר כבוי שלא לצורך נאסור גם כבוי לצורך משום ל"פ שא"ה דשמחת יו"ט מלוה לכן לא אסרו כבוי לצורך משום ל"פ.

ס"ה אין להם מזונות כתב הפ"ג אם הנכסים מועטין ותפסו אותן למזונות אין מוליאין מידם מספק והביאו הב"ש והקשה הפלאה דמדינא דש"ס אין הבנות גובות אלא מקרקע ולי"ש תפיסה אלא במטלטלין כמ"ש הרא"ש בפרק הכותב דל"ש תפיסה בקרקע אלא בגביית ב"ד ואי לאחר תקנת הגאונים הא ל"ש בזה נכסים מועטים כדלקמן קי"ב את"ד ולק"מ דהא הרא"ש בתשובה כלל א' כתב דבפלוגתא דרבוותא מועיל תפיסה בקרקע כדאיתא בפאז"ה דף ל"א גבי פלוגתא דר"י ורבה היכא דקיימא ארעא תיקוס והרי שם לא היה על ידי גביית ב"ד ובנתיבות בדיני תפיסה דה"ה בתיקו כדאיתא בחו"מ סימן ש"ב ס"ע אע"כ שאני הך דהכותב לענין לוה ולוה וא"כ קנה דגביית חוב לריך ב"ד ומש"כ אם תפס מחמת ספק שמא שלו מדינא מועיל תפיסה שלא בב"ד כיון דספקא הוא אם שלו הוא באמת לא עבדינן בה עובדא להוליא אבל תפיסה בקרקע שלא בב"ד לא חשוב גביה דבקרקע לריך גביית ב"ד ושומא ומש"כ במטלטלין א"ל לא גביית ולא שומא כמ"ש בתומים סימן ק"ד ס"ד סק"ה ובקלו"ה שם משום דבמטלטלין קונה משכון ומהני נמי תפיסתו בלא גביית ב"ד והסכים עמו נה"מ שם ובלא"ה הרבה ראשונים חולקים על הרא"ש דבפרק הכותב כדאיתא בתומים סימן ק"ד ס"ו סק"ו.

והב"מ הקשה מת"ש הה"מ פ"ד מהלכות גזלה ואבדה אהא דאין שכירו או לקיטו מהימן בשבועה כמה לקח הגזלן אפילו תפס הנגזל דהוא בעיא דלא איפשטא משום שכ"ז מן התקנה ובמה שלא התקינו בפירוש אפילו תפס מוליאין מידו עיי"ש ונראה דהא הטעם דספק תקנה אין מוליא מידי ודאי ד"ת ולכאורה כיון דאמז"ל ביבמות דף פ"ט ע"ב דב"ד מתנין לעקור ד"ת בממון משום דהפקר ב"ד הפקר ילפינן מקראי א"כ גם תקנה בממון חשוב ד"ת אך איתא בפא"כ דף ע"ן דממון יתמי מותר ליתן קרוב לשכר ורחוק מהפסד ואמר שם חזינן גברא דמשהו נכסיה ומהימן ושמע דינא ולא מקבל שמתא דרבנן ויהבינן ליה בב"ד ופרש"י בפני ב"ד שיש להם כח להפקיר נכסי המקבל אלל היתומים ולהתנות עמו קרוב לשכר ורחוק מהפסד עכ"ל הרי דאף דהתירו חכמים האיסור גבי יתומי לא עשו המתקנים אותו ההפקר הלא הב"ד שיעשו המעשה יעשו ההפקר ואפשר משום דבלא"ה רלון חכמים שיאמדוהו הב"ד למקבל אי משפו נכסיה ומהימן ולייח דינא לכן לא עשו המתקנים ההפקר ב"ד על דשלב"ל עדיין אלא הב"ד בשעת מעשה יעשו ההפקר אבל כמה תקנות תקנו בממון ולא הלריכו בית דין בשעת מעשה כהך דיבמות שם ובכ"ד הרי דההפקר ב"ד נעשה בשעה שתקנו משום דאין דבר זה לריך ב"ד בשעת מעשה וא"כ בשלמא גבי נגזל דבלא"ה לריך עדים שראו הגזלן יולא וכלים תחת כנפיו וגביית עדים לריך ב"ד א"כ לא נעשה ההפקר בשעת התקנה רק הב"ד שיבא המעשה לפניהם יפקירו לכן אם תפס שהוא שלא מדעת ב"ד דהא בספק אין הב"ד פוסקין שישבע השכיר ויטול ממילא ל"מ תפיסה דלמה יפקירו הב"ד ממון הגזלן בספק ומש"כ הכא דתקנו מזונות לבנות ולא הלריכו ב"ד למכור למזונות כדלקמן דרלון חכמים שלא ילטרכו לב"ד בשעת מעשה א"כ בשעת תקנה עשו הפקר בית דין וכיון דהספק כאן אם

אם בשעת תקנה הפקירו ממילא מהני תפיסה ובזה מיושב נמי קושית המל"מ על בעל פ"מ בפכ"א ממלוה ולוה הובא בב"מ כאן והגם דרי"ו הכא ס"ל דמהני תפיסה ולענין מקדש במעמ"ש ס"ל דאינה מקודשת רק מדרבנן כדלעיל סי' כ"ח שאני התם נהי דהפקר ב"ד הוי דאורייתא אבל אין עושה קנין דאורייתא עד שבא ליד זוכה כמ"ש הג"פ ומקו"ח סי' תמ"ח ובקה"י לעיל סימן כ"ח מיהו לתוספת ר"פ ומ"ש דגם אחר שתפסו הבנות אם מכרו הבנים מועיל הרי דלא הוי הפקר ב"ד לגמרי ואפשר מה"ט ל"כ הרמב"ם דהוי רק בעיא דלא כ"מ לענין תפיסה.

ס"ן ואין הבנות נשבעות כתב הב"ש דלפימ"ש התוספת דלקטנות נמי מתפיס צררי צריכין לישבע כשיגדלו והקשה הב"מ בתר דאכלו למה ישבעו דאף אם יודו שהתפיס ואכלו או אבדו קטנים שהזיקו פטורים וגם לבתר שמזונו אינם תובעים ואין להשביעם מספק א"ד ואינו קושיא דכ"מ אם מזונו משלהם שהיו לבנות ירושה וכדומה או במע"י וכשגדלו תובעים מן הבנים והאב"מ הקשה דאי נימא דקטנות צריכות לישבע לכשיגדלו איך בנות קטנות ניזונות הא חשוד לאפיק שטרא על היתומים אינו גובה כלל כדאיתא בחו"מ סי' ל"ב ס"ב עיי"ש ולק"מ דהא מד"ת אין מגיע מזונות לבנות מהיורשים כלל וחכז"ל תקנו להם מזונות שלא יצטרכו לחזור על הפתחים ע"כ תקנו שיטלו כשהן קטנות בלא שבועה אף דחשודין על השבועה דאל"כ אין תלות לתקנתם ועוד י"ל קושית הב"מ נהי דקטן שהזיק פטור מ"מ אין אחר רשאי להסית לקטן להזיק וא"כ כאן נהי דע"כ הוצרכו לתקן שיזונו הקטנות בלא שבועה מ"מ כיון דיש חשש צררי הוצרכו לתקן באופן שלא יגיע היזק לבנים על ידי תקנתם כל מה דאפשר לתקונו והיינו שישבעו לכשיגדלו אף אם הם נתבעים דאם לא ישבעו יחזירו ומ"מ לפי שאין ראיה ברורה לזה א"א להשביען כשיגדלו אם מוחזקים אבל כשבאין ליטול יש מקום לדברי הב"ש.

סי"ב וע"י המטלטלין יהיו מכורים הקשה החמ"ח למה לא יאמרו הבנות א"א בתקנת הגאונים ויניחו אותנו על דין התלמוד דהא קי"ל כל האומר א"א בתק"ח שומעין לו ונראה לפימ"ש מהר"ם בפסד"ג במרדכי דא"י לומר א"א בתק"ח רק כשמוחזק וליכא פסידא לאחרינו וא"כ הכא דיש פסידא לבנים והם חשיבין מוחזקים כי יורשים מדאורייתא ממילא והבנות באין להוציא מהם מתנאי ב"ד.

סימן קי"ג

ס"א בהג"ה מנכסי האם וי"א מהרי"ל הוכיח דאין לה מנכסי האם מכתובות דף ס"ח דאמר פרנסה אינה כת"כ ודחוק לומר מאי אינו כת"כ עד דמשכח כ"מ דהאומר אל יזונו בנותיו אין שומעין לו ואם אמר אל יתפרנסו שומעין לו ולמה לא אמר דאינו כת"כ. דת"כ חיוב רק משל אב ומשא"כ פרנסה וצ"ל לתרץ דברי רמ"ה שגם פרנסה מנכסי אם דזה תליא בהא אמרינן דהא דאמר ירמיה בנותיכם תנו לאנשים דיליף בכתובות ס"פ נ"ש דיתן בנותיו נדוניא היינו כמו שמחויב להשיא בנותיו כן מחויב ליתן לה נדוניא ממילא דכיון דאין חיוב על האם להשיא בנה ובתה כדאיתא בפ"ק דקידושין דף למ"ד ע"ב ה"נ אין ליתן נדוניא מנכסיה אבל אם האב רק מחויב להשיא בתו אבל אינו מחויב ליתן לה נדוניא רק עלה טובה קמ"ל ירמיה ליתן לה נדוניא כדי שיקפצו עליה בני אדם וכמ"ש בטו"ז כאן והא דיליף הש"ס שם בס"פ נ"ש דיתן לה נדוניא היינו דרשאי ואין בזה משום מעבירי אחסנתא והא דכופין היורשים ליתן לה נדוניא מנכסי אביהם הטעם כמ"ש מהר"י מטראני שבאה"ז דף ס"ח ע"ב וז"ל אל יתפרנסו בנותיו מנכסיו שומעין לו שהפרנסה אינה תנאי בית דין כמזונותיהם אלא חוב המוטל על היתומים מפני שאנו אומדים דעתן של בני אדם שאין אדם רוצה שיתבזו בנותיו אלא יקחו נדוניתם מנכסיו ולכך אעפ"י שלא לוה האב על נכסיו אנו מחייבין היתומים ליתן להן פרנסתן אבל היכא דלוה האב שלא יתפרנסו מנכסיו הכל לפי מוחלתו עכ"ל ולפי טעם זה ודאי גם מנכסי האם יש ליתן נדוניא דודאי גם האם אין רצונה שיתבזו בנותיה וכ"ז למסקנא דהאומר אל יתפרנסו בנותיו שומעין לו דאינו חיוב על האב אבל לס"ד דלא ידע מזה ע"כ משום דמחויב האב להשיא בתו מחויב נמי ליתן לה נדוניא וא"כ לא שייך זה בנכסי אם עכל"ל הכ"מ דאומר אל יתפרנסו שומעין לו וממילא נודע דגם מנכסי האם יש להם פרנסה אלא כיון דמוכרח מקודם להשמיענו דאומר אל יתפרנסו בנותיו שומעין לו כיון דאינו מחויב ואינו תנאי ב"ד הו א"ל לומר. עוד כ"מ דממילא נשמע כיון דהא בהא תליא.

ס"ב בהג"ה שטה"ז כתב ב"ש אם חייב לאחיו י"ל דא"י היורשים להוציא ממנו ולשלם לב"ח ולהפסיד אותו כי הוא י"ל נהפך שהוא תופס להוצו המעות והם ישלמו בקרקע וכתב ב"מ נראה מספק מהני לו חזקתו כנראה ומהד"מ אולם בשו"ת רמ"א סי' ג' היה שאלה דכתב לחתנו שטה"ז כנהוג דמחייב לו סך כו"כ ועל תנאי אם ירצו היורשים ליתן לו חלק חצי זכר והשיב רמ"א בתשובה ג' לפימ"ש הר"ן בקידושין פרק האומר בתנאי קו"ע אע"פ שתלוי בו לבד צריך ראיה שקיים התנאי א"כ ה"נ דיורשים צריכין לקיים התנאי בקו"ע עליהם לברר שלא נתכוין הנותן לראוי כזה וקיימו התנאי עיי"ש בב"מ ולי קשה בשלמא בהא דהר"ן אמרינן דלא קיים דכל הטוען חדש שנעשה מעשה השתנות עליו הראיה כמ"ש הסמ"ע בסי' רמ"א ס"י וכ"כ הרשב"א הובא בב"י חו"מ סי' ר"כ ומודים י"ד ובח"ר יבמות דף למ"ד משא"כ הכא דאין הספק אם עשו מעשה רק הספק על איזה מעשה נתכוין הנותן כשהתנה.

וטעם אחר י"ל בנידון תשובת הרמ"א לפימ"ש הרא"ש בתשובה מ"ה כיון דכל תנאי חידוש הוא שיתבטל ע"י המעשה ולפיכך צריכין דוקא שיהא כתנאי ב"ג ובכ"ר לכן כל ספק שיפול על כונת התנאי אין בו כח לבטל המעשה עיי"ש א"כ ה"נ דיש ספק על איזה ראוי נתכוין אין בו כח לבטל המעשה שנתחייב סך כו"כ בחיוב גמור עד שיהא ברור לנו שנתכוין לתנאי זה.

והנה הב"מ תמה על תשובת רמ"א מה ראיה מייתי מהר"ן דכתב להדיא דבתנאי קו"ע צריך שיביא ראיה שקיים דאל"כ הוי כמנה הלויתיך והלא אומר א"י דפטור דאוקי ממונא בחזקתיה ובנידון רמ"א אדרבה היורשים מוחזקים עיי"ש ונראה דקשה בהר"ן א"כ למה בתנאי שלא אעשה צריך אידך ראיה שעבר ועשה יהא נמי כא"י אם נתחייבתי ולא ק"ל להרמ"א משום דמוקמינן אחזקה שלא נעשה מעשה ולא נשתנה דמשום הך חזקה דלא עדיפא מחזקת ממונא מוציא מיד אידך אלא ק"ל להרמ"א

להרמ״א כמו שכתבו האחרונים לענין ספק דאם הספק בקיום מצות עשה לא יצא דצריך שודאי יקיים ואם הספק במל״ת מותר לרמב״ם וכמה פוסקים דלא אסרה תורה רק ודאי אסור והביאו ראיה מסוטה דף כ״ט ע״א דאמר התם טהור ודאי טמא ודאי אמר רחמנא ועיין מזה מש״ס קי״ג וחוו״ד בס״ק קי׳ ונדרים דף ס״א ע״ב.

וה״נ לא מחית איניש נפשו לספקא וכוונתו בלשונו על הודאי לכן אם אמר ע״מ שאעשה כך כוונתו שיעשה ודאי וכ״ז שלא יהא ודאי לא יתשב קיום התנאי ואם אמר על מנת שלא אעשה כוונתו שלא יהא ודאי שעשה אלא דה״א כיון שטוען ברי שעשה וקיים התנאי יהא נאמן דקיים התנאי ודאי לכן הביא הך דתנה לי בידך והלה אומר א״י דפטור משום דאוקי ממונא בחזקתיה הרי דלא מהימן ולא חשוב ודאי לכן מדמה שפיר הרמ״א כידון דידי׳ שהתנה חמיו אם יתנו לו בניו חלי חלק זכר ממוחזק וראוי יפטרו מההוב ג״כ הכונה על הודאי כתיבה שיהא ודאי שכתבו וכיון דלא נתנו מנה שירשו מאבי אביהם מחמת ספק אם זה ג״כ נכלל בלשון ראוי הרי אינו ודאי אם עשו התנאי ולא נפטרו מן החוב אף דמוחזקים.

ונידון הב״ש כאן אינו משגנון זה מחמת הספק בלשון חמיו אם נתקיים התנאי דהרי אם פרעו לב״ח במטלטלין ונשאר מעט מטלטלין לירושתם ונתנו מזה להחתן חלי חלק זכר ודאי קיימו התנאי וכן מ״ש החו״מ לענין עישור נכסי דליכא תנאי כלל אלא דמחמת שאין הכרע מנה נתנו לב״ח הוי ספק ויד המוחזק על עליונה ואינו ענין להך דתשובת רמ״א ולק״מ קושית הב״מ לא על תשובות רמ״א ולא על הב״ש.

ב״ג הבת כו׳ בלא שבועה בגמרא דף ס״ט איתא אלו היתה ב״ח דאבא לריכה שבועה כנפרע מנכסי יתמי והקשה בא״ש הא תו״ז גם מיתומים נפרע שלא בשבועה וכן הקשה הב״מ כאן ותירץ די״ש לדחוק אם מת האב בנערותה דאפשר הגיע זמנה להנשא אלא דסתימת הפוסקים משמע דאפילו מת האב בקטנותה לריכה לישבע לבני אחיה וצ״ל משום דדעת האב קרובה לבתו יש לחוש שהתפיסה לררי ולפ״ז אם מתו האחים בקטנותה א״צ שבועה אח״ד ולענ״ד י״ל אף דחזקה אאפת״ז מ״מ על לד המיעוט עביד דפרע גו זמנו אלא דלא חשו לזה להלריכה שבועה אבל כאן דפרנסה נוטלת משום תקנה חשו חכמים דלא יבוא שום ריעותא מתקנתם כמ״ש הריטב״א ברפ״ב דכתובות דף כ״ף ע״א היכא דבעי למיעבד תקנה יש להם לתקן זה בענין שלא יצא ממנה שום ריעותא בעולם עיי״ש לכן בבאה לגבות מבני אחיה או אם ה״א דהיא ב״ח דאבא יש חשש ע״ל המיעוט שמא פרע לה כיון דחייב רלה למהר לגאת י״ח שמא לאח״ז לא יהא לו דעוני שב״ח כדאיתא ביו״ד סימן רכ״ח ורלה לקיים מלות חכז״ל אבל אם איכה ב״ח דאבא לא חשו כ״כ.

וברשב״א שבא״ש שם הקשה עוד למה במזונות לא תקנו שבועה ולפרנסה תקנו י״ל עפימ״ש הב״מ לעיל סימן קי״ב דעיקר תקנת מזונות משום קטנות דימי נערות רק ששה חדשים ואגב גררא תקנו גם לנערה א״כ כיון דקטנה לאו בת שבועה הו לא חלקו עיי״ש וא״כ פרנסת נשואין דעיקרה משום נערות תקנו שבועה.

ב״ש ס״ק י״ד אם טוענין השבע שלא התפיסך אביכו לררי לריכה לישבע כ״כ הגמ״י ובא״ש כתובות דף ס״ט בשם הרמ״ה דוקא אם טוענין ברי שהתפיסך אביכו לררי והשבע לנו וכיון דבהגמ״י איכו מבואר אם מיירי גם בשמא יש לפסוק כדברי הרמ״ה.

ב״ן מי שלוה בח״מ סימן רכ״ג סכ״ד בסמ״ע שם הביא מהד״מ דה״ה אם פסק לה יותר משלים לאו כל כמיניה ומשמע אפילו ליה האב קהם שתטול שלים בנכסים אין לה עשור נכסי יותר מהסך שלוה ליתן לה וכ״כ הטו״ז כאן והקשה ההפלאה הא בק״ת שם כתב מי שאמר בתי תטול בנכסי כו״כ ולא הזכיר לורך נישואין נוטלת המתנה נוסף על עישור נכסי א״כ ה״נ תטול השלים וגם העישור נכסי מחלק הבנים עיי״ש ולק״מ דהכא הא גלי דעתיה בתנאי שהתנה שאם ישיאוה אחיה או הנשא בעלמה ותטול נדוניא תסתלק מהמתנה ואם איתא דהמתנה שלים הוא נוסף על העישור נכסי הרי עישור נכסי אינו נוטלת רק כשתנשא ממילא לא תטול שלים נכסיו ואיך ילדקו יחדיו אע״כ כונתו של אביה שתטול רק המתנה ואם תנשא תסתלק בהנדוניא לבד.

הנה אם מת האב ונשארו בן ובת והשיאו הקרובים את הבת ונתנו לה יותר מהמגיע לה לפי הדין ובפני הבן והוא גדול ושתק כ״ל דלא הוה מחילה וראיה לזה משו״ת הרא״ש כלל ארבעים ס״ב אשת ראובן היתה לה חלר שקנתה בשמה וכשחלתה לויתה כתנה החלר לרחל בתה בלוואתה לפני בעלה ולא ערער ומתה ובא בע״ח של ראובן לגבות חובו מהחלר ופסק דראובן יורש את אשתו ולא הפסיד זכותו במה שלא מיחה ולי״ד להא דפ״כ דף קנ״ב הכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כ״ש אבדה כתובתה במחלק לפניה ושתקה דהתם מחילת שעבוד בעלמא ועוד אם מכר הלוה שעבודו של מלוה בפניו ושתק לא הפסיד דדוקא גבי כתובה אמרינן מקולי כתובה עיי״ש ובערך ש״י על חו״מ סימן פ״א ס״ז הבאתי עוד ראיות לזה ואף ד״ל אחותי שאני מ״מ הא הך דהכותב כל נכסיו לבניו משמע אף דהם ג״כ בניה מ״מ דוקא משום שאינו רק מחילת שעבוד וגם רק משום מקולי כתובה ובניה עדיפי מאחותו אך ל״ע ממ״ש רמ״א בחו״מ סימן רפ״ז ס״א בסוף הג״ה אחד מן האחים שנתן מתנה לאחרים וראו האחים ושתקו הוי מחילה אך אין לנו רק מה שאמדוהו חכז״ל והם דוקא אמדו חכמים כך דמדשתק מחל כיון כמו שזה נותן מתנה לאחרים כך יוכל אחיו ליתן למי שירלה משא״כ הכא דהדין אם מכרו האחים או משכנו הבת מוליא מיד הלקוחות או ממקבל מתנה ה״נ האח איכו מוחל שלו ובשו״ת לחם רב סימן ק״ע כתב משום דאחים כיזונין ומתפרנסין יחד מתפיסת הבית קתמא מחלו אהדדי עיי״ש וי״ל משום דניחא להו שיהיו יחד בתפיסת הבית ואם יקפידו זה על זה יתפרדו וזה לא שייך כאן דהבת איכה יורשת רק ב״ח דאחי וכשנשאת הולכת לה וכ״ל בזה טובים השנים מן האחד.

ומ״מ נראה דיש להטיל חרם על האח אם לא מחל דהא מחילה בלב בשעת מעשה מהני כמ״ש נתיבות בסימן י״ב ואם לפי האומדנא מגיע לה יותר מעישור נכסי אף דפליגי הפוסקים בזה ויש להבנים לומר קי״ל דהם חשיבוס מוחזקים ודעת מהריב״ל דאפילו תפסה הבת מוליאין מידה מ״מ נראה דאם קרוביה נתנו לה לפי מה שאמדוהו לאביה

לאביה יותר מעישור נכסי והבן ראה ושתק הוי מחילה כיון דהוי ספ"ד לא היה לו לשתוק וכה"ג כתב בהגהות לשו"ת מהר"ח א"ז סימן כ"ג דהיכא דבלא שתיקתו יש להסתפק דיתרצה י"ל כששתק מתרצה ודאי עיי"ש וכ"ש הכא דיש פוסקים דס"ל אם תפסה לא מוציאין מידה כאשר הובא בכנה"ג.

ברשד"ם חאהע"ז סי' קמ"א אב נתן לבתו נדוניא והתנה שאם תמות בלא זרע קיימא יחזור מחצית נדוניא ליורשיה ומת האב והניח בנים ובת קטנה אח"כ מתה בת הנשואה ותובעת הבת קטנה עישור נכסי מאותה חזרה והשיב בסי' קמ"ב אפילו לפוסקים דנוטלת עישור גם מהראוי דוקא כגון אם מת אביה בחיי זקנה ואח"כ מת אבי אביה כיון שלא זכה הבן אלא בשעת מיתה אבל בנכסי אותם שאינם זוכים עתה אלא שאיגלאי מלתא למפרע שאלו הנכסים היו התנה להם מאותה שעה אין לבת זכות בהן הגע עצמך אם הרויחו הבנים פשיטא שאין חייבים לתת עישור ה"נ כיון שמת האב בחיי בת הנשואה כבר פקע כח האב ונתגלה שאלו הנכסים מן הבנים היו את"ד ולא הבנתי דא"כ אם נולדו הבנים אחר תנאי זה לא יזכו דהוי נותן מתנה לדשלב"ל ואפשר ס"ל לרשד"ם דאה"נ אבל לע"ד לשון יחזירו משמע דבטל נתינת הנדוניא למפרע וחוזר לאב הנותן אלא כשמת בניו יורשים מכחו וכ"כ נוב"ת חיו"ד סי' ע"ה אהא דאם יהיו לי מעות תחזיר לי הקרקע משמע דיבוטל המקח למפרע וכ"כ החוו"ד ריש סי' קע"ד ובשו"ת רמב"ן סי' יו"ד ראובן נשא אשה וכתב שטר שיור ליורשיה א"ל ישאר ממנה ולד של קיימא ומתה האשה ונשאר ולד ממנה ומת תוך ל' יום והשיב אלו היה התנאי כל שישאר ממנה ולד של קיימא לא יחזיר כלום ליורשיה על הבעל להביא ראיה שהיה ולד של קיימא לפי שלא זכה באותו שטר אא"כ ישאר ממנה ולד ש"ק אבל אם התנה שאם לא ישאר לה ממנה ולד של קיימא שיחזיר על יורשיה להביא ראיה דהבעל זכה בהנדוניא אלא שהתנה שאם לא ישאר לו ממנה ולד ש"ק שיחזיר יעיי"ש ולכאורה סותר דברי הנו"ב והחוו"ד אך י"ל דודאי לשון יחזיר הוי ביטול למפרע אלא דמ"מ כיון דזכה והספק אם מחמת התנאי בטל למפרע הוי הבעל מוחזק ועל היורשים להביא ראיה וכה"ג כתב הרשב"א בתשובה סי' תתקע"ב והובא בב"י חו"מ סי' כ"ט ובמח"א דיני רבית סי' י"ג כתב כמי אם התנה המוכר אם יהא לי מעות תחזיר לי המכר משמעו שיתבטל המכר למפרע וא"ל לחזור ולהקנות למוכר.

גם מה שכתבתי דהכונה בתנאי שאם תמות בתו בלא ז"ק יחזיר הבעל הנדוניא ליורשיה ע"כ שיחזור לאביה הנותן ומכחו ירשו בניו דאל"כ כשלא היה לאב בנים בשעת התנאי ונולדו אח"כ הרי אינו יכול ליתן ולהתחייב לדשלב"ל כדאיתא בגיטין דף י"ג ובב"ב דף קמ"ב מצאתי אח"כ בצ"ל שכ"כ לענין שטח"ז לבת וכתוב אם תמות בלא ז"ק יירשו יורשיה השטח"ז דע"כ הכוונה שיירשו מכח אמם דאל"כ כשכתב לבתולה דלא היה לה אז בנים הרי א"י להתחייב לדשב"ל לכן אפילו כשכתב לבתו שטח"ז כבר היו לה בנים הכונה שיירשו בניה מכחה כיון שנקבע המנהג לכתוב כך בכל שטח"ז אפילו הכא דבתו לא היה לו עדיין בנים איך קבעו למנהג מה שאינו עפ"י הדין דסופרי קמאי בקיאי היו א"ו דלא נתחייב האם ליורשי בתו אלא לבתו ויורשיה יורשים מכחה עיי"ש ה"נ כיון דהמנהג לכתוב שטר שיור ליורשיה אפילו לא היה לאב בנים כשנשיא בתו ע"כ הכונה שיתבטל נתינת הנדוניא למפרע ויורשי בתו יורשו מכח אביהם הנותן נדוניא ול"ל דהכונה שיחזור הנדוניא לבתו ומכחה יירשו יורשיה דכמלא האחים יורשים ממנה וא"ל ליתן עישור נכסי רק ממה שירשו מאביהם דהא רשד"ם עצמו לא בא מטעם זה וע"כ משום דהכלן נותן לחתנו ולא היה של בתו או משום דמה דיורשים האחים מאחותם הוא מכח אביהם דאב הבת יורש את בתו בקבר וממנו יורשים בניו כאשר מבואר בקצו"ח וכה"מ סי' רפ"א ס"א וכן דעת השב יעקב סי' י"ח וכ"ד הד"מ ודרישה בחו"מ סי' רכ"ג סל"ג ולפ"ז י"ל אם מת אחד מהאחים בלא בנים אחר מיתת אביהם וירשו אחיו את נכסיו דיש להבת מזה עישור נכסי כיון דאביהם יורש בנו בקבר וממנו יורשים בניו הוי ראוי והעישור גם מהראוי.

והנה י"ל גם רשד"ם מודה דיחזיר מבטל הנתינה לחתנו למפרע אלא ס"ל דמתבטל הנתינה רק מחתנו ויהא מתנה מנכסיו ליורשי בתו שהאב נותן להם אותו מתנה מנכסיו והוא דחוק דמתנה מאן דכר שמיה והא לא אמר הכי כדפריך בכתובות דף כ"ח ע"ב ומה צורך בזה המתנה הא גם כשאינו מיכוין במתנה ממילא ירשו מכח אב הנותן כיון דיחזיר היינו דבטלה למפרע הנתינה שנתן לחתנו.

ועוד אם כונתו דנותן מתנה ליורשי בתו אפילו כבר היו אז בעולם במה זכו הא לא עשו שום קנין ול"ל דחתנו זוכה בעדם הא לא אמר לחתנו זכה בעד יורשי בתו ומבואר בשו"ת רשב"א בת"א סי' ל"ט כל שלא אמרו לשליש זכה בעדנו אינו זוכה בעדם והובא בב"י חו"מ ס"ס כ"ו ובנתיבות סי' ר"ז סע"ז וק"ו כאן דהתם בלא שיזכו ע"י השליש מעשיהן בכדי ק"ו כאן דבלא"ה ירשו מכח אביהם מהיכא תיתי לומר שנתכוין שיזכה חתנו בעדם למתנה.

סימן קי"ד

ס"א ופסקו בטור כתב אם י"ל בת מא"ש אחר אינו חייב לה כלום אלא מה שהתנה עמו דתנן הנושא את האשה ופסק עמה שיזון את בתה ה' שנים חייב לזונה חמש שנים אבל א"ל פסקה לא והקשה ב"י מהיכא תיתי אדעתין שיתחייב והטו"ז תירץ ועדיין אינו מעלה ארוכה למה שחזר הטור וכתב אבל אם לא פסקה לא ונדחק בזה הב"ה גם יל"ד תחלה כתב ופסק עמה ואח"כ כתב א"ל פסקה ונראה דנתכוין למ"ש הריב"ש סי' שמ"ה בשם העיטור אהא דבעי פסיקתא דר"ג שאם לא התנו כן אלא שעשה כן מעצמו הוי כשאר חיוב דעלמא ולא מקני באמירה והובא ברמ"א לעיל סי' כ"א לכן כתב אבל אם לא פסקה לא אף שהבעל פסק מעצמו לא והלשון במשנה ופסקה עמו והטור גרס דגרס ופסק עמה מ"מ כיון דלא קתני ופסק שיזון מוכח דדוקא שהתנתה עמו ולא הוא בעצמו פסק ומה שהקשה הב"י מה"ת שיתחייב נראה כיון דצריכה לאמה כשאין לה יושה וכשלא נשאת האם היתה הבת אוכלה אף דאינה מחויבת כראם אשה פרי בטנה ונכסיו דנשאת מכנסת שלה לבעלה ומע"י לבעלה הרי הבעל פוסק חיותה דבת וכתיב בשדי יתומים אל תבא ובפרק לא יחפור דף כ"א איתא בהא דמרחיקין מצודת הדג דמעכבין עליו מלפסוק חיותו וכתב המ"ב סי' מ"ג דהיכא דאין לו אומנות להצייד וזה בא בגבולו מחזיקין בדייגים משום

משום דזה באומנתו בכך שמכ"ד דאינו מבקש מחיה אחרת ולכך אם בא אחר ונוטל מחייתו מחזירין בדיינים ובשו"ת ב"א חחו"מ סי' כ"ח כתב בעני המהפך בחררה וידע אחר ונטלה חייב להחזיר עיי"ש א"כ מוצא קמ"ל הטור וקמ"ל עוד יותר דוקא פסקה הוא אבל פסק הבעל לבד אינו חייב אף דפסק המרדכי בפרק הגוזל קמא כסי דגרמא פטור מ"מ אם קיבל עליו לשלם בדיבור בעלמא חייב ומתורץ בזה מ"ש הרמב"ם הא דפסקה עמו לזון בתה חייב אף דהוי דשא"ק משום דנעשה בשעת נשואין ותמהו עליו הא בלא"ה כי ליכא רק דיבור בלא שטר וקנין אינו כלום ולפמ"ש א"ש דשא"ה דפוסק פרנסת הקטנה וי"ל דחייב בדיבור בעלמא לולא דהוי דשא"ק ומתורץ קושית הפנ"י ר"פ הנושא למה נקט המשנה דפסקה עמו לזון בתה ולא נקט הפוסק לזון חברו ולפמ"ש א"ש דקמ"ל דוקא פסקה עמו ובשעת נשואין אף דפוסק לאיתא דבת ומה דפריך הש"ס על ר"ל דס"ל אם אמר חייב אני לך מנה פטור משום דקתא תנן אפילו יש לבת מזונות משלה או ממקום אחר וכדתנן נמי בפירוש אם נשאת האם לאחר או נשאת הבת בניהן חייבין לזונה והטעם מה שאינו חייב הבעל דאת"ה תעוכב אמה מהנשא כשלא ירצה הבעל לקחתה ולפסוק מזונות להבת אף דמעוברת ומינקת אסורה להנשא משום תקנת הולד ועיין ב"מ לעיל סי' פ"ב ס"ה.

ברמב"ם פ"א ממכירה כתב המחייב עצמו בדשא"ק כגון שאמר הריני חייב לזון איתך או לכסות חמש שנים אע"פ שקנו מידו לא נשתעבד ומפני מה הפוסק עם אשתו שיזון בתה חייב לזונה מפני שפסק בשעת נשואין והדבר דומה לדברים הנקנין באמירה והשיג הראב"ד דבר"פ הנושא הקשו מאותה משנה לר"ל וקייעו לר"י והיו קושרין שאינו בשטרו פסיקתא ור"ל הוא ביעמוד אותה בכך ונראה לפימ"ש נו"ב חחו"מ סי' כ"ח דר"ג בשטרי פסיקתא דנקנין באמירה תק"ח הוא דאם לא תק"ח מה בכך דגמר ומקני באמירה כיון שאין האמירה קנין מה מועיל גמירת דעת עיי"ש והנה הא דנקנין בלא קנין רק באמירה הוא דוקא קודם הקידושין משא"כ אח"כ צריך קנין או שטר הרי דתק"ח היה רק לפני קידושין לכן לר"י דיכול להתחייב בשטר אל"ל דהנושא מיירי בשטרי פסיקתא לפני קידושין דמה דאינו דבר קלוב ידע הש"ס דבנשואין גמר ומקני דהא הטעם דדבר שאינו קלוב לא מהני קנין לרמב"ם משום דאינו גומר בדעתו מה שאינו יודע קלבתי אבל לר"ל דגם בשטר אינו חייב מה יועיל דגמר בדעתו דהוי רק באמירה ומשני בשטרי פסיקתא לפני קידושין ומהני באמירה מתק"ח כדר"ג וזה שאמר הרמב"ם והדבר דומה לדברים הנקנין באמירה היינו דגם בזה משום חיבת נשואין גמר ומקני אלא דתק"ח ביקנה באמירה משום דמתחתני גמרי ומקני לא תקנו רק לפני קידושין וכ"ל הטעם דרוב פעמים מתכין לפני קידושין עד שאין אגודים זה בזה לפני נשואין ל"ש ולא תקנו אבל חיבת נשואין דלגמור בדעתו להתחייב שייך גם אז וכמפורש בירושלמי ר"פ אע"פ והכסף משנה בפכ"ג מה"א דייק מלשון הרמב"ם דפ"א ממכירה הנז"ל דמיירי מפסיקה דשעת נשואין ולא בעי שטר או קנין ולכך קאמר דדומה לדברים הנקנין באמירה ולא קאמר הן הדברים הנקנין באמירה ועדיין קשה אם דומה למה צריך שטר או קנין לפני נשואין משא"כ לפני קידושין ולפימ"ש א"ש ובני אהובה גם הקשה למה שאל הרמב"ם על הפסיקה בשעת נשואין איך יתחייב בדבר שאינו קלוב ומה שיש בו עכ"פ שטר או קנין ולא הוסיף לשאול איך יתחייב לפני קידושין באמירה לבד בדבר שאינו קלוב עיי"ש ולפימ"ש א"ש דלפני קידושין דתק"ח הוא אף דבכל שאר התחייבות שבין אדם לחבירו לא מתחייב באמירה אין קושיא נמי משום שאינו קל"ב דהם ראו ותקנו מה שאינו לפי ד"ת אבל בנשואין דצריך שטר או קנין ולא תקנו שפיר שאל ומוכח לה מקושית הגמ' על ר"ל ולא על ר"י גם לס"ד דלא ידע מדרב גידל ומועיל לר"י שטר גם בשעת נשואין דלא הוכרח הש"ס לומר דמיירי לפני קידושין וכדר"ג רק לר"ל.

ש"ה מתה הבת אין יורשיה מוכחים כתב הטו"ז כלומד מזה מי שהבטיח לחבירו ליתן לו מתנה ונתן לו ת"כ ומת המקבל ולא נתן לו עדיין המתנה שאין הנותן צריך לשלם ליורשיו דלא נתכוין אלא ליתן לו דוקא והב"ש פקפק ועיין ב"מ וכ"ל ראיה להטו"ז ממדרש רבה בפרשת שלח פט"ז ר' אחא הגדול פתח יבש חציר נבל ציץ ודבר אלהינו יקום לעולם למה"ד למלך שהיה לו אוהב והתנה עמו ואמר לו לך עמי ואני נותן לך מתנה הלך עמו ומת אמר המלך לבנו של אוהבו אע"פ שמת אביך איני חוזר בי במתנה שאמרתי לו בא וטול אתה כך הדבר המלך ממ"ה והאוהב זה אברהם וכו' ומשמע אף דמדינא א"ל ליתן לבנו והינו ממחוסר אמנה ומשום הן שלך כדאיתא בפרק הזהב דף מ"ט ול"ל דשאני נידון דהמדרש שלא נתן ת"כ והינו מחויב משום ת"כ דהוה כשבועה דהא הרבותא אינו משום דליכא רק דיבור אלא משום דמת המקבל בטלה ההבטחה וה"ט דשאני מלך כדאיתא בערכין דף וא"ו ובפ"ק דב"ב דף ג' ע"ב מלכותא לא הדרא וע"כ דלגבי בן המקבל לא חשיב חזרה ומילא באינם דעלמא ג"כ לא חשוב עובר על הת"כ ולכאורה ק"ל לר' אחא כמ"ד בב"ב דף קי"ט דא"י לאו מוחזקת ירושה מאבותיהם או מה"ט גופא הוא ירושה מאבותיהם כיון דדבר אלהינו יקום לעולם או נהי דירושה הוא אבל מה שהבטיחו לאברהם אבינו ע"ה לך אתננה וקיים לבניו ועשה להם נסים ונתן להם א"י לא מחויב כי הנסים טרחא כביכול לשנות הטבע והרי מקבל מתנה מת ומ"מ קיים הבטחתו לבניו ונתן להם א"י ע"י נסים ולא לקחו בעצמם עפ"י הטבע והא דאין למדין הלכה ממדרש היינו אם סותר לדברי הגמרא כמ"ש הפוסקים הובאו ב"מ ועיין ביוסף דעת סי' פ"א.

סימן קט"ו

ס"ן דמאה עיניה נתנה באחר בשו"ת שיבת ציון סי' ע"ד אשה אמרה לבעלה שזינתה כ"פ וגירשה בעלה ואחר כך חזרה בה ואמרה דלא זינתה רק מחמת טירוף הדעת אמרה כן וכתב השואל דאם משום דעכ"ב היה די לה לומר שזינתה ולמה לה לומר שזינתה כ"פ הלא בפ"א נמי נאסרה על בעלה א"ו קושטא קאמרה כדי לקבל תשובה והשיב בעל שיבת ציון דיפה כתב וכ"כ אביו בנו"ב סכ"ה עיי"ש ואני תמה דא"כ מה הועילו הכמים בתקנתם דאינה נאמנת שלא תקלקל על בעלה דעדיין תאמר שזינתה כ"פ ודברי הנוב"ת בסי' כ"ה הם רק על מה שנתנה אמתלא לדבריה שאמרה כן כדי שיוליא אותה בעלה בגט דאין זה אמתלא דא"כ למה אמרה שזינתה כ"פ

עם

גם הרבה אנשים אבל נידון השיבת ליון דלא נתנה אמתלא זו רק שאמרה מחמת טירוף הדעת רק באו לומר דודאי לא נתנה עיניה באחר כיון שלא היתה צ"ל שזינתה כ"פ זה ודאי אינו טענה כמ"ש וראיה לזה משו"ת מיימוני להלכות אישות המתחלת ומעשה בכהן וכו' ואכי המעתיק והובא בב"ל סי' ע"ט וע"ב.
בה"ן וקוונכת דעתו עליהם בטור כתב אם יש עד אחד שזינתה אינו חייב להוציאה בדיני אדם אבל מפני לזות שפתיים אסור לו לעמוד עמה אם הוא סומך עליו ומהימן לו כבי תרי והקשה הטו"ז דטור סותר א"ע דלזוה שפתיים לא צריך אלא בלא מלד החמת אין שייכות איסור אלא מלד לזות שפתיים יב הפם ואח"כ כתב אי מהימן ליה כבי תרי דבזה יב איסור יגל עכמו בחות ועוד דביקיימות ביניני לזות שפתים הוא רק לכתחלה לא יכנוס אבל אם ניסת נ"ת כדאיתא בפרק כילד דכ"ד ובפ"ב דכתובות דף כ"ב ולמה אמר כאן דלא יעמוד עמה מפום לזות אח"ד וכ"ל דבירושלמי ס"פ הזורק איתא דאם גרשה מפום שזינתה אינו חשוד לבעול אותה דמוחזקת בעיניו וכן דעת הפוסקים דלקמן סי' קי"ז בסג"ה סוף ס"א עיי"ם ב"ש סק"ח ובסי' קמ"ח סק"ד וכ"ד תוספת ביש זבחים דף ב' ע"ב בד"ה סתם אבה ואף די"ם פוסקים הובאו באחרונים לקמן סי' קי"ז דאסור לעמוד עמה ומחויב לגרשה אפילו בזינתה מקתין לומר היכא דאסורה לו בתפמים מן התורה ולא פלוג חכמים בין מוחזקת בעיניו או לא אבל הכא דבדיני אדם מותר לדור עמה ולבא עליה דאין דבר שבערוה פחות משנים אפילו מאמין לו כבי תרי רק מדרבנן כליי"ם אסור כמ"ש בשו"ת מיוחסות לרמב"ן סי' קל"ג מהיכא תיתא יגזרו גזרה לגזרה בכגון זה דמחוקה בעיניו כיון דמהימן לו כבי תרי וסמכא דעתיה עליו אין ספק אצלו וודאי זינתה לפי דעתו הכי מחוקה בעיניו ולא שכיח שיבא עליה והל"ל דאסור לבוא עליה אלא יכולה לשמשו כשפחה אפי' בלא עדים ולמה יוכרח שלא לעמוד עמה כלל ובכתובות דף פ"ה איתא דאמר ר"ה השתא דאמר מר קי"ל בגויה מלתא הוא קיענא שטרא אפומיה ופריך קרענא כ"ד אלא מרענא שטרא אפומיה ופרש"י קרענא כ"ד אפוקי מממנא הוא ותרי בעינן אלא מרענא ולא אזדקק לגבות באותו שטר עיי"ם וא"כ הכא אם מוכרח שלא לעמוד עמה מוציאין ממנו שפחה מלפמשו אבל מדאמר שמואל בפרק המומר דף ס"ו אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה מוכח דמחויב להוציאה ולא לעמוד עמה כלל לזה נתן הטור טעם משום לזות שפתים וזה שדקדק הטור משום לזות שפתים אסור לו לעמוד עמה ולא אמר אסורה לו משום דאיסור ביאה בכה"ג אסור מדרבנן לליי"ם רק העמידה עמה בלא ביאה אסור משום לזות שפתים לכן ל"ק מה שהביא הטו"ז דמשום לזות אם ניסת נ"ת דשאני התם דאינו אסור מלבא עליה וידור עמה כארח כל ארעא משא"כ הכא כיון דבלא"ה אסורה לו ועיקר האישות הוא העונה כבר נפקע אך כ"ז אם רוצה לעמוד עמו גם שא"א לו לקיים מצות עונה אלא דהוא אסור לעמוד עמה צ"ל משום לזות שפתים משא"כ אם אינה רוצה לעמוד עמו מחויב לגרשה כיון דא"י לקיים מצות עונה והוא גורם מה שאמין לדברי העד לזה בסי' קע"ח דלא הזכיר הטור דאסור לעמוד עמה רק כתב דחייב לגרשה וליתן לה כתובה לכן לא כתב משום לזות שפתים ומיושב הכל ומוכח כן מדאמר שמואל להוא כמ"א אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה ולמה לא שהא מקודם אפשר תמחול על העונה ותרצה לשרתו וגם הוא ירצה בכך אע"כ דמלבד דאסורה עליו אסור נמי לעמוד עמה ועיין ב"ש לקמן סי' קי"ז סק"ג בשם הר"ן.

סימן קט"ז

בה"א תוספת יש לה משום מיבת ביאה והקשה ב"ת מ"ש ממכר טרפה ואכלו הבוקח דאכילת איסור ל"ה הנאה עיי"ם ואפשר משום דאכילה שנכנס לתוך מעיו גנאי יותר כמ"ש התוספת בפ"ק דחולין דף ה' ומוי"ל דהא איתא בכתובות דף כ"א ע"ב דאמר אבוה דשמואל א"א שנאנסה אסורה לבעלה חיישינן שמא קופה ברצון ורבא אמר אפילו אומרת הניחו לו שאלמלא כוקף לה היא שוכרתי ומותרת מ"מ יצר אלבשה א"כ בשלמא אכילת איסור י"ל דאינו הנאה בשוגג דא"ל אם היה יודע לא היה רוצה ליהנות אבל ביאה בסוף אפילו יודע היה רוצה ליהנות וא"כ איך מוליא ממון אפילו יהא רוב מ"מ י"ל הוא לא היה רוצה ליהנות אפילו בסוף דהא אינו ודאי מדאמר אבוה דשמואל חיישינן שמא קופה ברצון דזה אינו דהא רוב חשוב אלים להוציא ממון לר"ע כמ"ש תוס' פ"ק דסנהדרין דף ג' ע"ב בד"ה ד"מ וכאן הרוב אלים טובא דהכי דוחה חזקת כשרות וחזקת היתר של האשה לאבוה דשמואל וע"כ משום דקתמא כך הוא וכמ"ש הפנ"י שם וגם אין חילוק בין איש לאשה בזה כמ"ש הפנ"י שם ובריב"ם סי' שע"ט כתב דשתי חזקות חשוב כרוב והכא לאבוה דשמואל אסורה לבעלה ישראל אף דטוענת ברי שלא היה קופה ברלון ויש לה שתי חזקות מ"מ אסורה וע"כ דזה דקופה ברלון אלים משאר רוב.

והפלאה שם הקשה משבועות דף ח"י כשאמרה לו באמצע תשמיש נטמאתי ופירש באבר חי חייב וכא לרבא השוב אונס דילרא אלבשיה ואפשר י"ל משום דנדה מאיסה אפילו לעכו"ם ונואפים וכמ"ש בהת"ם באה"ע סי' ע"ח דגם מנאפים ועוגבים מואסים בזה מפני הסכנה וכהאי עובדא דבתו של רשב"ת דאמרה איסתכנא אנא ואפילו עומדים על ביתה דהיינו שהעברו ועשו נשיקת אבר באותו מקום מוזרים לאחוריהם עיי"ם ועיין רמב"ן בפרשת וילא על פסוק לא אוכל לקום מפניך כי אורח נשים לי ובפרשת אחרי על פסוק ואל אשה בנדת טומאתה וכיון דנטמאה נמאסת ונסכנתא הוא צ"ל ילרא אלבשיה ועדיין צ"ע ממ"ש הרמב"ם ספ"ה מהלכות שגגות דגם בשאר עריות שאם שגג ובא על הערוה ע"ד שהיא מותרת ונודע לו שהיא ערוה והוא בתוך התשמיש לא יפרוש מיד שיליאתו הנאה לו כביאתו וא"ל ידע שאסור לפרוש מיד ופירש והוא מתקשה אינו חייב אלא חטאת אחת שהכל שגגה אחת היא עכ"ל וכתב הכס"מ שהוא פשוט ותיפוק לו דקופו חשוב אונס ואפילו לא יהא שגגה אחת פטור ואפשר משום דאם היה אונס כ"כ דילרא אלבשיה לא היה פורש והוא מתקשה אלא היה בועט.

ובירושלמי הוריות פ"ב הלכה ה' אם באמצע תשמיש אמרה לו נטמאתי ילן לא הולך יהא רואה את החרב כאלו מחתכת בבשרו וכל עמה ואינו מובן האי וכל עמה ונראה לפימ"ש הרמב"ן בפרשת קדושים דנדה כאפעה הממית בהבטתו וכ"ש שמזיק לשוכב עמה אשר תדבק גופה ומחשבתה בו ובמחשבתו כי רעתה רוע מתדבק עיי"ם וקתם אדם מתפחד

מתפחד יותר מדבר המזיק בטבע מעונש שמים שהוא שלא בטבע וזה שאמר וכל עמה אפילו מי שאינו מוזהר כגון גוי אם עמה מתדבק סכנה היא לו כחרב וכשיעלה זה על דעתו ילטנן ובפ"ב דשבועות דף ח"י אמר כונס עצר לפרכיו בקרקע עד שימות וטובים כראה ג"כ דר"ל מלבד שנילול מעונש שמים גם בדרך הטבע הוא טובתו ולפמ"ש אח"ס בחיו"ד סי' קנ"ה הא דילר אלבשה רק בגברא אחרינא אבל"כ בבעלה אין יצרה גדול כ"כ דמה"ט נדה מותרת להתיחד עם בעלה כיון שיש לו היתר לאח"כ עיי"ש כמי מיושב קושית הפלאה בתוספת פ"ב דשבועות י"ז ב' בד"ה א' בת"ח.

ובירושלמי פ"ו דתרומות הלכה ב' קאמר אהא דמאכיל פועליו תרומה דמשלם להם דמי סעודתן משום דנפשו של אדם חותה באיסורין ופירשו הפ"מ ותוי"ט דקץ בהן ולא חשוב אכילה עיי"ש זה שייך נמי רק אתחלת ביאה דאם היה יודע היה פורש אבל בגמר ביאה דילר אלבשיה ואפילו נודע לו אינו פורש ועושה ברצון הרי דאינו קץ בו.

ולפימ"ש בביאור הגר"א ביו"ד סי' קי"ט אות ס"ז ג"כ מתורץ קושית הב"מ אך דבריו דחוקין ולכאורה מהתוספת פ"ב דשבועות דף י"ז ע"ב בד"ה א' בת"ח משמע גם בנדה שייך לומר ילר אלבשיה בגמר ביאה וגם משמע משם דלא כהחת"ס דכתב די"ל ילר אלבשה שייך רק בגברא אחריני דא"ל עכשיו אימתו דמה"ט נדה מותרת עם יחוד בעלה כיון דיש היתר לאח"ז אמנם י"ל התוספת כתבו רק לדוגמא הא דילר אלבשה דהתם נמי לא חשוב לא שב מידיעתו אכניסה מיה דעשה ביאה דאימא ילר אלבשיה אבל מ"מ אינו דומה ממש למחשביה ודאי אונס כהך תחלתה באונס וסופה ברצון דיותר יכול לכייף ילרו באשתו נדה אלא גם אם לא כייף ילרו בסוף ביאה מ"מ אפשר היה שב מידיעתו אכניסה דעדיין לא אלבשיה הילר כל כך.

וראיה לדברי מספ"ק דנדה דף י"ב ע"ב דאמר אם מלריכה בדיקה לפני תשמיש מיגניא באפיה פרש"י תמאס ותתגנה בפניו ואם כן מאמת שבודקת על הספק שמא ראתה ויתברר דלא ראתה ק"ו כשראתה ודאי דנמאסת בפניו.

והב"מ תיכן דבח"ל משמא מפורסם והיה יכול לחקור ולא נראה דא"כ לפימ"ש התוס' בפ"ב דקידושין דף מ"ה ע"ב דמותר לישא אשה שהלך אביה למדה"י בקטנותה ולא חיישינן שמא קיבל בה אביה קידושין וא"כ כשאין שיירות מלויות ולא ידעינן להיכן הלך אביה אינו יכול לחקור ואינו מפורסם כאן ועוד מדינא א"ל לחקור כלל כמ"ש הש"ך ביו"ד סי' פ"ג סק"א דאחזוקי איסורא לא מחזיקינן ואפילו היכא דאיכא לברורי וברפ"ב דכתובות אמרינן רוב הנישאות בתולה יש לה קול ומכ"ש בכ"ג ואם מפורסם דזו אלמנה וכ"ג נושאה בתורת בתולה איך שתקו כ"ע ולא הודיעו לו אע"כ שמא הכי הוה דלא היה מפורסם שזו אלמנה אף דגם בחמ"ח סי' קי"ז סק"י כתב בח"ל דלא הכיר בה יש לה הו"ם משום דהאיש פשע שהיה לו לדקדק שמא אסורה לו גם דבריו לל"ע מכח מה שכתבתי.

סימן קי"ז

ס"א ומבעילה ראשונה ראתה דם ב"מ תמה כיון דאחר נישואין הוא כימא ככנ"ה וברשותו

כתקלקלה וכבר קדמו בספר ב"א סוף ה"א וכן הקשו שאר אחרונים דאפילו להוליא שמכינן אזה כמו בקנה בהמה ושחטה ונמלא בה מחט דאמרינן ברשות לוקח נטרפה ומחויב לשלם הדמים ומחמת זה דנו הב"מ וב"א דאין זה הדין רק כשאין לה ומת מכבר ותמהו על המחבר דלא חלק בין י"ל ומת לאין לה ומת וכ"ל דשאני הכא דבין נולד לה חולשא זה לראות מת"ת בין יש לה אותה חולשא מכבר מ"מ מוכרח להוליאה כמ"ש ברמב"ם סוף ה"א וטוש"ע כאן חשיבה ברשות עלמה ולא ברשות בעלה כמ"ש תוספת בב"ב דף ק"א ע"ב בד"ה ארעתא דלפיכך קיקע בחזקת המשכיר עומד אף דשוכר ומחזק משום דסופה לחזור לבעלים עיי"ש וה"נ כיון דודאי סופה ללאת מבעלה ואין לומר דשאני שכירות דהגוף של משכיר דהא אשה נמי אין גופה קנויה לו רק משועבד למעי' כדאיתא ר"פ הזורק ועוד התוספת לאו מטעם זה אתי עלה רק משום דסופה לחזור ועיין חמ"ח לעיל סי' קט"ז סק"ז דלא חשוב שמירה בבעלים כיון דאין אישות גמורה וכתב ישועי"ק שם משום דבעמוד והוליא קאי לא שאולה גביה וא"כ ל"ד למומין דאם רולה לדור עמה מותר וכן בנמלא מחט דעל זה אנו דנין דאם ברשות לוקח נטרפה אין סופי לחזור למוכר אמרינן ככנ"ה ברשות לוקח ואין המקח בטל והבהמה ברשותו שלא להוליא מרשות לרשות ובספר לב אריה בפרק א"ט דף כ"א ביאר דברי התוספת בד"ה המע"ה דהא דאמרינן ככנ"ה היינו כיון דעכשיו עומד ברשות לוקח אם נאמר דהמום נולד ברשות המוכר והוי מקח טעות א"כ נוליא הדבר מרשות לוקח ונעמידנו ברשות המוכר וזה אינו מהראוי כיון דהדבר עומד עתה ברשות לוקח יותר ראוי לומר דהמום נולד ברשותו ואינו מקח טעות וישאר הדבר ברשותו כמו שהוא עומד עיי"ש וא"כ אפילו בלא סברת התוספת בב"ב מ"מ הכא דאפילו כימא עתה נולד חולשא זו דרואה מחמ"ת מ"מ לא תשאר עומד ברשותו דהא חייב לגרשה ול"ל אף דבמחט אנו מוליאין ממון מהלוקח ע"י ככנ"ה וג"כ לא ישאר דמי המקח ברשותו מ"מ אזלינן בתר עיקר הדבר במה שנולד המום אבל הולאות ממון ממילא נגרר אחריו וא"ל כיון דמחוסרת גט עדיין הוא ברשות בעלה דזה אינו דאינו תלוי בגט דהרי ארוסה ג"כ לריכה גט ומ"מ לא חשובה ברשות הארוס וז"ל הר"ן שם דאשה מעיקרא לאו ממון אב היא לגמרי כחמור אלא ברשות עלמה כמי היא כשכנסה ממון בעל מקריא אף שיש ספק בעיקר קנייתו ע"כ הרי דאין הדבר תלוי בגופה ובגט רק במה דמובאלת לבעלה ולמע"י ולעונה ובירושלמי ר"פ המדיר את אשתו מליהנות לו פריך וכי אדם נודר שלא לפרוע את חובו ומשני מכיון שהוא עתיד לגרשה כמי שאין בו חוב א"כ ה"נ להיפך כמי שאינה משועבדת לו למע"י כיון דודאי עתיד לגרשה.

סימן קי"ח

ס"א לא בגדי חול לשון תשובת הרא"ש כלל נו"ן ס"ה תקנה שכתוב בה כי ימות מת שתחלוק האלמנה עם יורשי המת כל אשר ימלא לו והיא אומרת שאין לו דו"ד על בגדי חול שלה כי אינם משועבדים לבע"ח והיורשים טוענים שיש להם לחלוק בהם הדין עם האלמנה שכתוב בתקנה כל אשר ימלא לו ובגדיה לא היו מלויים לו כי לא היה לבעל מהם כלום ועוד דחלוקה זו במקום גביית כתובתה גם עתה

עתה לא יעלו לה בחשבון וכתב החמ"ח דמשמע דס"ל דאין שמין לאלמנה בגדי חול בכתובתה והא גמרא ערוכה בכתובות דף כ"ד ולעיל סי' ל"ט ס"א דשמין גם על טעם ראשון יש לפקפק דהא גם בגדי שבת איכם בכלל אשר ימלא לו לפי מה שפסיק לעיל סימן לד"ק סע"ו עכ"ל וכ"ל דמ"ש הרא"ש ועוד משום דיש לבע"ד לחלוק על טעם ראשון כיון דאשר ימלא לו נכתב על עזבונו לאחר מיתה ואמרינן בכתובות דף כ"ד דלא אקני לה בגדי חול רק כשתהא תחתיו בחייו אבל אחר מותו שמין לה וא"כ יש ספק בלשון התקנה אם הכוונה ימלא לו בחייו או אחר מותו אף דימלא לו דכתוב בבכור הייכו מלוי לו בחייו י"ל לשון תורה לחוד ולשון חכמים לחוד כדאיתא בחולין דף קל"ז ע"ב ועוד דבפ"ק דפסחים דף וא"ו איתא דאלו מגנב חייב באחריות עובר אלא ימלא וה"נ בחייו חייב לעשות לה בגדי חול אחרים כמ"ש בק"ה לעיל סי' לד"ק סע"ו והיורשים מוחזקים יותר ממנה ועכ"פ אינה מוחזקת יותר מהם לכן כהב ועוד דתקנה זו במקום גביית כתובתה ומדינא מגיע לה הכתובה דעולה יותר מאלי העזבון ואז אף שהיו מעלין לה הבגדי חול בחשבון כתובתה עדיין היה לה יותר מאלי העזבון והתקנה בא לגרע דינה לכן כל ספק בתקנה מוקמינן אדין כמבואר בב"ש לקמן סק"ה.

אך בגדי שבת פליגי ראשונים גם בחייו אם יכול למוכרם או בע"א גובה מהם כדאיתא בחו"מ סי' ל"ז סכ"ז ובחמ"ח לעיל סי' לד"ק ס"ק כ"א וא"כ יש ס"ס שמא בגדי שבת גם בחייו הם של בעל וחשוב אשר ימלא לו בחייו ואת"ל בחייו איכם מלוי לו שמא כונת המתקנים אשר ימלא לו בעזבונו אחר מותו ובס"ס גם בתקנה לא מוקמינן אדינא דהא אפילו ס"ס באיסור דאורייתא קיי"ל דמותר ואף דס"ס ל"מ להוציא ממון שאני הכא דעכ"פ אין האלמנה מוחזקת יותר מיורשין ואף דימלא לו הנאמר בבכור ל"ל מלוי בחיי אב מ"מ הכא דאין להאשה רק קנין פירות כל זמן דתיקום קמיה חשוב מלוי לו כמ"ש נמ"י ומרדכי ר"פ י"כ באם נותן לאב במהיום ולאח"מ ומת האב בחיי הנותן דחשוב מלוי לאב כיון דהגוף שלו.

ובכלל כ"ה ס"ה כתב הרא"ש ז"ל ושאלתי אלמנה יש לה לחלק עם נכסי הבעל כפי התקנה אם שמין כל הבגדים מה שעליה דע שכל הבגדים של שבוע אין שמין לפי שאין אדם רולה שתתבזה אשתו בב"ד עכ"ל ולכאורה תמוה ג"כ דהא להיפך אמרינן בכתובות דף כ"ד דשמין מה שעלה דאדעתא למיפק לא אקני לה ול"ל דס"ל דנגד סברא דאדעתא למיפק לא אקני לה י"ל שאין אדם רולה שתתבזה אשתו בב"ד אך לו שקול ישקל האומדכות הרי הכל בחזקת היורשים דממילא יורשים וכדאיתא בפ' הכותב דף פ"ד דיכתן ליורשים שכולן לריכין שבועה ויורשים א"ל שבועה אמנם כשאנו באים מכח התקנה לגרע דין כתובתה אדרבה מוקמוכין אדינא בכל מה דאפשר ואמרינן דמתקני התקנה לא היה דעתם לגרע זכותה כל כך וי"ל עוד מה דאמר הרא"ש ועוד ולא סגי ליה בטעם ראשון דלא הוי מלוי לאב בחייו דלדעת הרז"ה וסייעתיה בס"פ כ"ש דאם מגרשה ג"כ שמין לה בגדי חול א"כ כיון דבידו לגרשה חשוב מלויין לו כדמוכח בנדרים דף פ"ו דאמר דאין אשה יכולה להקדיש מע"י דהוי אין ברשותה כיון דאין בידה להתגרש.

ס"ד שפרעה שלא עפ"י ב"ד חובות עכו"ס מנכסי בעלה כדי שלא יזלזלו במכירת קרקעותיו יפה עשתה עיין ב"ש ולכאורה קשה הא בנא"ה כיון שפרעה מנכסי בעלה הרי מבואר בחו"מ סי' קכ"ח דאם היה בידו משל לוה ופרע חובו של לוה לריך הלוה לשלם ולפי טעמו של מהרי"ו שם משום שדר"כ לק"מ דבחייב לעכו"ס ליכא שדר"כ דלאשר אשם לו בישראל כתוב כמ"ש התומים בקיון פ"ו אבל לטעם הש"ך דכשהיה בידו משל לוה אמרינן דפרע ע"ד שישלם הלוה לו קשה ומלאתי בהפלאה הקשה ג"כ הכי וסיים דל"ל דס"ל דלוה מלי אמר מפייסנא הוינא לו ומחיל לי ולפ"ז נסתר דברי הש"ך מדינא היכא דלא שייך שדר"כ אבל עובדא דהרא"ש איירי שהיה התקנה שתחלוק האלמנה עם יתומי בעלה בנכסים והיו הנכסים תחת יד אפטרופס רק מה בפרעה האלמנה להגוים היה תחת ידה מעות או שנתנה להם קרקעות מנכסי בעלה א"כ מה שפרעה היה החלי משלה וחלי משל יתומים ויותר לא היה בידה ותובעת מהאפטרופס שיחזיר לה ומחלק היתומים החלי מה שפרעה משלה לפי התקנה דמחלק יתומים יפרעו כל החובות כמבואר כל זה בתשובת הרא"ש כלל פ"ז, ס"ד.

סעיף י"א שטר שזה בטור הביא תשובת הרא"ש שבסוף כי פ"ד פסל השטר מפני שכתוב בו לשון ירושה וחזר ותקנו מפני תיבה אחת שכתוב בו ותחזיק שהוא לשון מתנה וסיים דקנתה מה שיש לו עכשיו ומה שקנה אח"כ כי כתב בשטר ומה שאני עתיד לקנות ותמה הב"מ הא א"י להקנות מה שאינו ברשותו עיי"ש וברא"ש גופא ודאי לק"מ דבהשאלה מבואר שסמוך לפטירתו אמר שמקיים השטר וכיון דהשטר בידה ואז כבר קנה והוא קיימו לכן קנתה אך הטור השמיט זה וי"ל לפימ"ש כמ"א בחו"מ סי' ר"ע כמו דאם תפיס אחר שבא לעולם כן קנה אם יש השטר ביד לוקח או מקבל מתנה ועיי"ם בטו"ז דאפילו לא מסר לו השטר אח"כ רק בשעת מכירה או מתנה אך קשה כהי דהשטר בידה הא לא מהני שטר למטלטלין ומה שקנו ממנו קודם שקנה לא מהני וכבר הדר סודר למריה וכ"ש מעות דגם קנין לא מהני דאין מטבע נקנה בק"ס והטור כתב דקנתה כל מה שיש לו עכשיו אף מה שקנה אחר שנתן לה השטר וכ"כ בשו"ת גור א"י בחו"מ סי' כ"ד דאם יש שטר ביד מקבל או לוקח אחר שבא לעולם לא מהני למטלטלין והובא במ"ם סי' ר"ע לכן נראה כיון שכתב שתחזוק בכל מה שיש לו ותעשה כל הפלה בהם קנתה המטלטלין וגם מעות כל מה שהיה לו בשעת המתנה ע"י משיכה וכיון שהכל שלה ממילא כשקנה הבעל אח"כ הרי קנה במטלטלין ומעות שלה אף דכתב לה מהיום ולאח"מ הגוף שלה מיד רק הפירות יהנה בהם גם הבעל וא"כ חליפי המעות ומטלטלין שלה הם אפילו חליפי חליפין דהכל בא מחמת ממונה דהגוף שלה ולא איירי רק מה שקנה ולא אם נותן לו במתנה דלא תלינן שניתן לו מתנה דלא שכיח ומ"ש הרא"ש משום שכתב ומה שאני עתיד לקנות ולפימ"ש בנא"ה שלה מחמת שכל מה שהיה לו בשעת המתנה קנתה וא"כ מה שקנה קנה בממונה ה"ע כיון שכתוב מה שקניתי אם לא היה כתוב ומה שאני עתיד לקנות הל"ל דשייר לעלמו מה שיקנה אפילו במה שיקנה ממה שנתן לה אלא כיון שפירש ומה שאני עתיד לקנות הרי לא שייר לעלמו לכן בכונה השמיט הטור בהשאלה שקיים לה השטר סמוך לפטירתו ועוד אפילו לא החזיקה בהמטלטלין והמעות מכיון שקנתה כל רשותו ע"י ק"ס כמ"ם בהשטר ממילא נקנה

נקנה לה כל מטלטליו ומעותיו בתורת חצר דמקתמא לא הניח מעותיו ומטלטליו במקום הפקר אלא במקום המשתמר לדעתו וקנתה דמתנה דעת אחרת מקנה הני במשתמר לדעת הנותן כמבואר ברא"ש פ"ק דב"מ דף י"א ע"ב ואפילו רק משתמר על ידי משרתיו וכדומה חשוב משתמר לדעתו כדמוכח מהא דר"ג ור' ורע"ק בב"מ שם וכמ"ש כמי בחידושי הר"ן שם ואפילו להרי"ף ורמב"ם דק"ל דגם בדא"מ לריך שיהא משתמר לדעת המקבל מ"מ הכא דאשתו עמו ונשתא משתמרת גם לדעתה וכיון שקנתה בשעת מתנה כל מה שהיה לבעל מוילא כל מה שקנה אח"כ הן שלה דמחמת מתנה בא ומ"ש הש"ך בחו"מ סי' ר"ב דאין חצר קונה רק מה שהיה הלרו מכבר השיגו עליו כל אחרונים.

סי"ג עליהם הראי' מבואר בשו"ת הרא"ש כלל כ"ה משום דשטר העומד לגבות לאו כגבוי חשוב שבעל מוחזק והקשה הב"מ דהא השאלה גם על קרקע א"כ מה בכך דלאו כגבוי ביד התובע כן. כמי ביד הנתבע תפיסתו בקרקע לאו כלום עיי"ש ואיסתמיטתיה מ"ש הרשב"א בתשובה תתקע"ב דאע"ג בקרקע ל"מ תפיסה מ"מ זה שיכל בכבות חשוב מוחזק אף דיש ספק דתרי ותרי אם יכל רק על תנאי אם יחזיר לו המעות יסתלק ויהא המכר בטל.

סי"ד אינו מעמש"ב בשו"ת הרא"ש סכ"ג ק"א כתב טעם לפי שאינו ודאי עוקר דשמא תלד ואף א"ל תלד יכול לגרשה ולישא אחרת דלא מיקרי מעמש"ב אלא היכא דבשעת תנאו ידוע שעוקר דבר מן התורה כגון ע"מ שאין לך עלי שכו"ע וע"מ שלא תשמישני שביעית והקשה הפלאה בקו"א הא לא קי"ל כשמואל דאמר בב"מ דף כו"ן בע"מ שאין לך עלי אונאה ואפילו לאו ודאי עקר חשוב מתנה עמש"ב וגבי שביעית כמי לאו ודאי עקר דשמא יפרע לפני שמיטה עתוס' מכות ג' ע"ב בד"ה ושמואל עיי"ש.

ונ"ל כיון דאין לורך וכ"מ בהתנאי רק אם לא יפרע קודם שמיטה וכן באונאה אין לורך בתנאי רק אם יהא בו אונאה לכן ס"ל לרב דחשוב ודאי עקר דכונה ותכלית המכוון בתנאי רק לעקור ד"ת ושמואל הוא דס"ל דזה לא"ה. ודאי עקר ולא קי"ל כוותיה משא"כ בתנאי שלא ישא אחרת עליה דכ"מ גם כשתלד ויש מקום לתנאי לחול ולא יעקור ד"ת לכן הל אף דאח"כ עוקר ובגיטין דף פ"ד ע"ב איתא אמר הרז"ג ע"מ שתאכל בשר חזיר ל"ה מתנה עמש"ב משום דלאו ודאי עקר דלא תאכל ולא תתגרש היינו כמי דכ"מ בתנאי כשלא תעקור הד"ת שלא תאכל לא תתגרש.

וראיתי בשו"ת מהרי"ק במתחייב לדון בדיני עכו"ם כשלא יפרע החוב למלוה לא חשיב מתנה עמש"ב דלאו ודאי קעקר כהך דגיטין דף פ"ד דה"כ כשמתחייב לאו ודאי עקר דאפשר שיפרע מעלמו עיי"ש ולא דיבר נכונה דמבואר בשו"ת הרא"ש הובא בטוח"מ ריש סימן ס"ז דאם כתב בשטר שיוכל המלוה לגבות בכל לד בין בדרכים הדתיים בין שאינם דתיים הוי מתנה עמש"ב ועטו"ז חו"מ סימן כ"ו וסי' ס"א קי"ו ולפי מה שכתבתי חשוב ודאי קעקר דאין כ"מ בתנאי רק כשלא יפרע מעלמו ועוד שאני הך דגיטין שאין האשה מתחייבת לעשות איסור דהברירה בידה שלא תאכל ולא תתגרש דליכא זמן לומר אחר שכבר נתגרשה מחויבת לאכול משא"כ כאן כשלא יפרע מחויב לעמוד בפניהם ולעשות איסור ואין יכול לחייב עלמו לעשות איסור או אפילו לא ילך מ"מ המלוה יעבור ומלאתי בשו"ת ר"ן שאלה ע"ב דהיה דעת

השואל לומר דליכא בזה משום מתנה עמש"ב דלאו ודאי עקר כההוא דגיטין ודחהו הר"ן דהתם אין עוברין על ד"ת כלל אבל כאן אם לא יפרע חובו והמלוה מביאו בערכאות שלהם כמלא עובר על לפניהם ולא לפני עכו"ם וכ"כ התומים בסי' כ"ו סקק"ד.

סי"ז מפני שהיה מגזם עליה לגרשה אין זה טענת אונס והקשו החמ"ח וב"ש ולעיל סימן ק"ה אפילו לא מסרה מודעה מחילתה בטלה ותירץ הב"ש כיון דעבר עשר שנים ובדין יכול לגרשה גם בזה"ז בע"כ לא הוי אונס וקשה דהא הרא"ש כתב תחלה משום דבדין יכול לגרשה ועוד דלא מסרה מודעה א"כ משמע משום דלא מסרה מודעה אפילו ליכא עשר שנים לכן נראה לפימ"ש מהרא"ם הובא בכתיבות סימן ר"ה ס"ב סק"ח כשאנסו בפירוש ליתן לו מתנה גם אונס בלא מודעה מבטל המתנה אבל אם אנסו סתם והוא נתן לו מתנה להפטר מהאונס לריך מס"מ עיי"ש וכאן אנסה סתם שהפחידה לגרשה ולא אנסה שתמחול לו הכתובה ומעלמה מחלה לו הכתובה הוי מתנה משום שלא מס"מ משא"כ לעיל סימן ק"ה דאנסה למחול כמ"ש רמ"א שם וכן הוא בשו"ת רשב"א סימן תתפ"ג אזי המחילה בטלה גם כשלא מסרה מודעה.

סי"ט לא בירושה שנפל לאשה בעודה תחתיו זה הרא"ש בתשובה כנ"ד אבל מהרי"ל בתשובה ס"א הוכיח ממהר"ס דגם בכ"מ שייך התקנה מדכתב כיון דלפי התקנה לא ירות לה בעל פטור מקבורתה ואי איתא דירות כ"מ יחויב ג"כ בקבורתה ול"ל דמיירי דלית לה כ"מ דמ"מ לא פלוג כמו דלדין הש"ס דתקנו קבורתה תחת כדוניתה אף דככסה בלא כדוניא משום ל"פ את"ד ולי נראה דמשום הא לא אריא לומר דהרא"ש פליג על מהר"ס רבו לפימ"ש המל"מ פ"ו מה"ג הע"ז דלא מלינו בשום מקום דמשום ל"פ יגזרו על הרוב משום המיעוט וא"כ ה"כ בשלא כדוניא על פי הרוב יש לה כדוניא אבל כ"מ לא שכיח כדאיתא בכתובות דף מ"ז ע"ב תקנו מלוי למלוי ואינו מלוי ופרש"י שבויה ואשה שיש לה כ"מ לא שכיחי וכ"כ התוספת דף כ"ב שם בד"ה רלה וכתובה דהיינו כדוניא וקבורתה מלוי וא"כ בשלא ככסה בלא כדוניא דהוי מיעוטא תקנו משום ל"פ אטו היכא דיש לה כדוניא אבל לומר ל"פ היכא דאין לה כ"מ משום היכא דיש לה כ"מ דהוי רוב אטו מיעוט לא מלינו ותשובה זו של מהר"ס היא במיימוני בתשובות השייכים להלכות אישות סימן ל"ה ומבואר שם דלא ירית מינה מידי לכן כתב דאינו חייב בקבורתה והוא מטעם שכתבתי דל"ל בזה ל"פ.

י"א שחוזרין לנותני הכדוניא וי"א לנותנין נוסח התקנה שבד"מ בשם המרדכי ובכ"ש בשם מהר"ס וכן בשו"ת מ"ב סע"ו בשם מהר"ס מנותני הכדוניא או ליורשיה ופירש המ"ב דמהתקנים עלמן נסתפקו בתקנתם וכתב הב"מ דזה לא אפשר דחלילה להרהר הכי על המתקנים שיוליאו מת"י דבר שאינו מתוקן כזה ותו דהמהר"ס עביד עובדא בכפשיה והוליא ממון עפ"י נוסח זה ואלו בספק הרי הדין דיחלוקי הכותן ויורשיה כמ"ש המ"ב עלמו עיי"ש וכ"ל דנקהלת יעקב כתב דודאי לא נתקנה לעקור ירושת הבעל דאין בדורינו לבטל ד"ת או דיכא דגרמא ובודאי התקנה היה שיחייבו הבעל להחזיר מה שירש עיי"ש ועדיין קשה לפימ"ש מהרי"ק בשרש פ"ט אף דקי"ל בע"ח מכאן ולהבא גובה היינו אם מכר או הקדיש מלוה קרקע המשועבד לו משום דיכול נוה לסלקו

בזוזי

בזהי אבל גוף החוב כיון דודאי עומד לגבות למפרע הוא גובה והוי דבר שברשותו ויכול להקדיש או למכור והוכיח כן מפרש"י בפסחים דף ל"א ומכוח דוכתי א"כ אפילו המתקנים תקנו רק לחייב הבעל הרי למפרע גובה ומיד שמתה האשה כדוכייתה לנותן או ליורש ולמפרע גובה א"כ לא יורש כלום ועדיין הוי עקירת ירושתו מעיקרא ומ"ש הרמב"ן שבר"ן ר"פ הכותב וברמ"א לעיל סי' ל"ב אף דלאחר שניסת א"י להתנות שלא יירשנה מ"מ אם מחייב עלמו להחזיר ליורשיה מה שירש ממנה לריך לקיים י"ל או דרמב"ן לשיטתו שבפרק דו"ה כתב דחוב הוי דשלב"ל ולא ק"ל כמהרי"ק דלמפרע גובה או משום דבעל מחייב עלמו הוי רק שנותן ליורשיה מתנה ומשלו כמ"ש רמב"ן אבל כאן דהמתקנים חייבוהו בע"כ אם למפרע גובה לא ירש כלום אפילו רגע לכן נראה להכי תקנו שיחזיר לנותן או ליירשיה דאיך שיעשה יצא י"ח ממילא נ"ל למפרע גובה הגובה דהא ביד הבעל לסלקו בלא כלום ליתן לכל השני לכן לא תקנו שיחלוקי דא"כ כל חד למפרע גובה החלי ואי דמ"מ א"י לדחותם לומר לכ"א לא אתן לך כיון דניתקן בחרם ע"כ לריך ליתן לאחד מהם א"כ כיחא כיון דסוף סוף מוכרח להחזיר למפרע ויחשב שלא ירש כלום דזה אינו כיון דהברירה בידו ליתן לאיזה מהם שירלה א"כ יש לו טוה"נ והרבה פוסקים ס"ל כמ"ד טוה"נ ממון ולפי' למ"ד טוה"נ אינה ממון וכ"ד מהר"ס כמ"ש בש"ך חו"מ סי' ש"נ מ"מ שיור קלת הוא דלכמה דברים טוה"נ ממון כמ"ש הש"ך בחו"מ סי' ר"ג וסי' ש"נ ועוד כיון דקי"ל בדרבנן כדאי היחיד לסמוך עליו כדאיתא בנדה ובש"ך יו"ד סי' רמ"ב בהוראות או"ה וירושת הבעל קי"ל שהוא רק מדרבנן כמ"ש הרמב"ם ורוב פוסקים והמתקנים רלו' דהשעה לריכה לכך סמכו בזה אמ"ד דטוה"נ ממון ול"א עקירת דין דגמרא כמו שמלינו בכתובות בכ"ד דהלריכו מותר דינר שלא לעקור לגמרי דין ירושה ה"נ ע"י טוה"נ נשאר לבעל קלת ירושה ואף דלפעמים האב הוא הנותן והוא יורש ראבון וע"כ לריך הבעל להחזיר לו לבד מ"מ כיון דיש לפעמים נותן לבד ויורש לבד ל"ח עקירה לגמרי כמ"ש הטו"ז ומג"א בא"ח סי' תקפ"ח דלהכי לא גזרו בכל יו"ט שלא לתקוע משום שלא לעקור לגמרי המלוה וכשגזרו רק כשחל בשבת לא חשוב עקירה וכן הכא ל"ח עקירה לגמרי כיון דכשיש שנים נותן לבד ויורש לבד והברירה ביד הבעל ליתן למי שירלה.

ולפימ"ש דוקא בשנה ראשונה דתיקן ר"ת ור"ש והכמי הדור להחזיר הכל וכדי שלא לעקור דין ירושה לגמרי תקנו שיתן הבעל לנותן הנדוניא או ליורשיה אבל בשנה שניה דהתקנה רק להחזיר החלי דלא עקרו כל הירושה א"ל ליתן הברירה לבעל ובזה מה נעמו דברי המרדכי בפרק כ"ש סי' קכ"ה והג"א שם שכתבו שתקנו שבשנה ראשונה אם מתה בלא ולד שיחזיר הכל לנותנין לה או ליורשיה ועוד תקנו שאם מתה בתוך שנתיים אם מתה בלא זרע שיחזור ליורשיה חלי הנדוניא עיי"ש.

ועדיין יל"ד כיון דמפורש בתקנת ר"ת וסייעתו בשנה ראשונה להחזיר לנותן או ליורשיה במה נחלקו הקהלות עם מהר"ס אם להחזיר להנותן או ליורשיה דהרי התקנה נעשה בחרם ואינו כדברי זה ולא כדברי זה ונראה דתקנת ר"ת על הבעל להחזיר למי שירלה וכנ"ל אך אם הבעל לא קפיד או בא לשאול למי עדיף להחזיר בזה נחלקו מהר"ס ובני פלוגתיו ובזה מדויק הלשון שבתשובות כ"ן דהקהלות ס"ל ומחזירין ליורשין ומהר"ס עשה מעשה כשמתה כינתו והולרכו להחזיר לו ולא לאביה עיי"ש דמאי הולרכו הא אם קאי על הבעל הל"ל והולרך להחזיר לו אלא דלא הכריח את הבעל להחזיר לו כיון דהתקנה שהברירה בידו ליתן לנותן או ליורשיה רק שהקהל לבד רלונם היו ליתן לאביה ומהר"ס הלריכם להקהל להחזיר לו והבעל לא קפיד אבל אם הבעל היה רולה דוקא להחזיר לאביה לא היה מלריכו מהר"ס להחזיר לו כי לפימ"ש דסמכו על המ"ד דטוה"נ ממון וא"כ איך יכריחו לבעל ליתן לכל אחד ולהפסידו הטוה"נ ועוד דממ"נ אם טוה"נ אינה ממון לא היו מתקנים לעקור דין הש"ס דבעל יורש וע"כ דסמכו אמ"ד טוה"נ ממון א"כ אפילו תפס לד אחד מחויב להחזיר לבעל אם רולה ליתן לכד השני דמ"ש הש"ך בס"ס רע"ו דאם תפס טוה"נ אין מוליאין היינו למ"ד טוה"נ אינה ממון.

והנה מה דמבואר במרדכי הנ"ל דהוסיפו לתקן אם מתה בשנה שניה להחזיר ליורשיה למה דוקא ליורשיה נהי כיון דהתקנה בשנה שניה רק להחזיר החלי וא"ל ליתן הברירה לבעל שיחזיר לנותן או ליורשיה מ"מ למה בהרו לתקן להחזיר ליורשיה החלי ואדרבה נראה דעדיף להחזיר לנותן דהא בתקנת ר"ת כתוב להחזיר לנותן או ליורשיה הרי הקדים הנותן ול"ל בשלמא בשנה ראשונה דהנותן לא נתייאש עדיין עדיף הנותן דעיקר התקנה משום עגמת נפש ותם לריק כחכם אף דאם יחזיר ליורשיה ליכא כ"כ עגמת נפש כמ"ש המ"ב מ"מ נותן עדיף אלא דהולרך ר"ת בשנה ראשונה ליתן הברירה לבעל אם ירלה יתן ליורשיה כדי שיהא לו טוה"נ כנ"ל אבל בשנה שניה דכבר אסח הנותן דעתו כדאיתא בפרש"י בברכות דף כ"ח ע"ב בד"ה ככלי אובד דאחר יב"ח משתכח מן הלב לכן כשתקנו להחזיר החלי בשנה שניה בחרו להחזיר ליורשיה דוקא.

ולפ"ז אפשר לומר המחלוקת בין מהר"ס להקהלות שהובא בשו"ת מיימני סכ"ו וכל"ה דהא מבואר שם סי' ל"ה דכתב מהר"ס דלא ברירא לן תקנת הקהלות בשניה ואפשר לא נתפשטה תקנתם בכל המקומות וא"כ בשנה שנית אין לריך להחזיר כלל רק בשנה ראשונה ומה שעשה מהר"ס עובדא בנפשיה להחזיר לו ולא לאב כיון שהוא נתן הנדניא היה בשנה ראשונה כמבואר שם סכ"ו ואז לכ"ע נותן עדיף אם אין הבעל רולה דוקא להחזיר ליורשיה אבל הקהלות שתפסו התקנה להחזיר החלי כשמתה בשנה שניה שפיר אמרו שיחזיר דוקא ליורביה ולא פליגי עם מהר"ס דגם הוא יודה היכא דתפסו התקנה בשניה כמבואר בנוסח התקנה במרדכי להחזיר ליורשיה כנלע"ד לולא דברי רמ"א והאחרונים שהבינו דיש מחלוקת בזה בין מהר"ס ושאר פוסקים.

ובד"מ לעיל סי' נ"ה הביא לשון התקנה דר"ת אם מתה בלא ז"ק בשנה ראשונה להחזיר הנדוניא לנותנים לה או ליורשיה וכתב ונראה לדקדק מדברי ר"ת שהתקנה היתה להחזיר לנותני הנדוניא ולא ליורשיה והביא ג"כ דברי מהרי"ו שבסימן ס"ד דהתקנה לא היתה רק כשאחרים נותנין לה הנדוניא אבל כשהם בעלמם נותנים הנדוניא לא תקנו עיי"ש וא"כ איך יפרש תקנת ר"ת להחזיר לנותני הנדוניא ולא ליורשיה דהא כתב או ליורשיה ול"ל דמפרש כמ"ש הב"מ לנותנים אם היה אחרים נותנים או ליורשיה אם בעלמה הכניסה הנדוניא דהרי מהרי"ו כתב דדוקא כשנתנו אחרים הנדוניא תקנו משום ותם

לריק

צריך דלא תקנו בלא נישא וכן מבואר בתקנות ר"ת שבסוף תשובת מהר"ם וגם מבואר במהרי"ו דל"ל בזה לא פלוג כיון דלא ניתקן לכל ישראל כתקנות הש"ס וגם ל"ל דאב נתן הנדוניא או אחר רק אחר מיתת האשה ליתנהו הנותנים דמ"מ מה להו ליורשיה כיון דלא מכחה בא הנדן והל"ל ליורשי הנותן כמ"ש הב"מ והב"ש כתב דמזה הנוסח לנותנים או ליורשיה מוכח דלא כמהרי"ו אבל הד"מ לא ערער על מהרי"ו והביאו בד"מ וברמ"א כאן בפשיטות ועכ"ל הפירוש דלנותני הנדוניא או ליורשיה שיש להבעל הזכות ליתן לאיזה צד שירצה וכמ"ש ונ"ל דהד"מ נתכוין לדברי ר"ת שבתוספת כתובות פרק נ"ש דף מ"ז ע"ב שכתבו עוד תיקן ר"ת שאפילו בעל מוחזק שיחזור אם מתה תוך שנה ולשון שיחזור דקדק הד"מ שהתקנה היתה להחזיר לנותני הנדוניא ולא ליורשיה דלשון חזרה היינו למקום שבא משם ועוד דלא זכר או ליורשיה ומ"מ נראה דאין מזה סתירה למ"ש המרדכי הנ"ל ומהר"ם בתשובה תתקל"ד להחזיר לנותני הנדוניא או ליורשיה דהא בתוספת כתבו דחזר בו ר"ת בסוף ימיו מאותה תקנה וודאי עדותם נאמנה ואיך א"כ המהר"ם ומרדכי העתיקו תקנת ר"ת ליתד לאמון אע"כ משום דשתי תקנות היה תחלה תיקן להחזיר אם מתה תוך שנה ולא הזכר או ליורשיה.

ועוד נראה דס"ל להד"מ דתחלה תיקן ר"ת והנהיג בלא גזרת חרם אם מתה תוך שנתה להחזיר הנדן להנותן ואח"כ להחזיק המנהג והתקנה גזר והחרים בצירוף חכמי הקהלות והחרם לא נעשה רק באם לא יחזיר לא להנותן ולא ליורשיה אבל כשיתן ליורשיה נהי דעבר על התקנה ראשונה אבל על החרם לא עבר וכיון דמכח החרם מוכרח להחזיר או לנותן או ליורשיה תו ליכא חשש דיעבור על התקנה כיון דמלוה לשמוע דברי חכמים והזקה אא"ח ולא לו כדאיתא בפ"ק דב"מ דף ה' ע"ב ובתוס' דהזכירו תקנתו לא כתבו שגזר בחרם גם לא כתבו או יורשיה כי זה תקנה ראשונה והד"מ דקדק מאותה תקנה שהיה להחזיר להנותן ומ"ש התוספת דחזר בו ר"ת מאותה תקנה מ"מ לא נתבטל דלא ביטל התקנה וגם כבר תפסו ונהגו באותה תקנה לכן מהר"ם עשה כתקנה ראשונה להחזיר לו הנדוניא שנתן אף דהוא לא היה היורש רק אביה.

ולפ"ז נראה דלפיכך כשתיקן ר"ת תחלה תיקן רק להחזיר לנותן הנדוניא ואח"כ כשעשה תקנה בחרם תיקן או לנותן או ליורשיה כי תקנה לבד אינו עקירת דין הש"ס כיון דכתב הרמב"ם בפי"ז מהא"ה ה"ט לענין תקנת הגאונים לגבות הכתובה ממטלטלי דיורשים אם היה יודע מתקנת הגאונים גובה ואם לאו או שנסתפק לו הדבר מתיישבין בדבר הרבה שאין כח בתקנת הגאונים לדון בה עיי"ש וא"כ התקנה מועיל רק אם ידע בה דאז אדעת זה נשא שלא יירשנה אבל כשתיקן ר"ת בחרם דאז ע"כ דבעל יחזיר גם כשלא ידע והתקנה א"כ זה הוי עקירה לדין תורה או לדין דגמרא לכן נעשה על אופן שיהא הברירה ביד הבעל ליתן לנותן או ליורשיה וטוה"כ ממון ולא עקר לגמרי הירושה מהבעל וכמ"ש לעיל וכשאין הבעל מקפיד בין שני הצדדים כיון דע"כ יצא הנדוניא ממנו יש לב"ד ליתן להנותן ומכח תקנה ראשונה של ר"ת דהיה בשנה ראשונה שלא יתקיים ותם צריך כחכם דנהי דאין בתקנת הגאונים כח להוציא מן הבעל המוחזק בכח ד"ת או תקנת הש"ס אבל להכריע ודאי שפיר כיון דיותר סברא ליתן להנותן כדמצינו בפרק הכותב פ"ד א' במי שמת והיה לו מלוה ופקדון ביד אחד דלר"ט יתנו לכושל ולרע"ק ליורשים עיי"ש לכן מהר"ם הצריכם לב"ד ליתן לו.